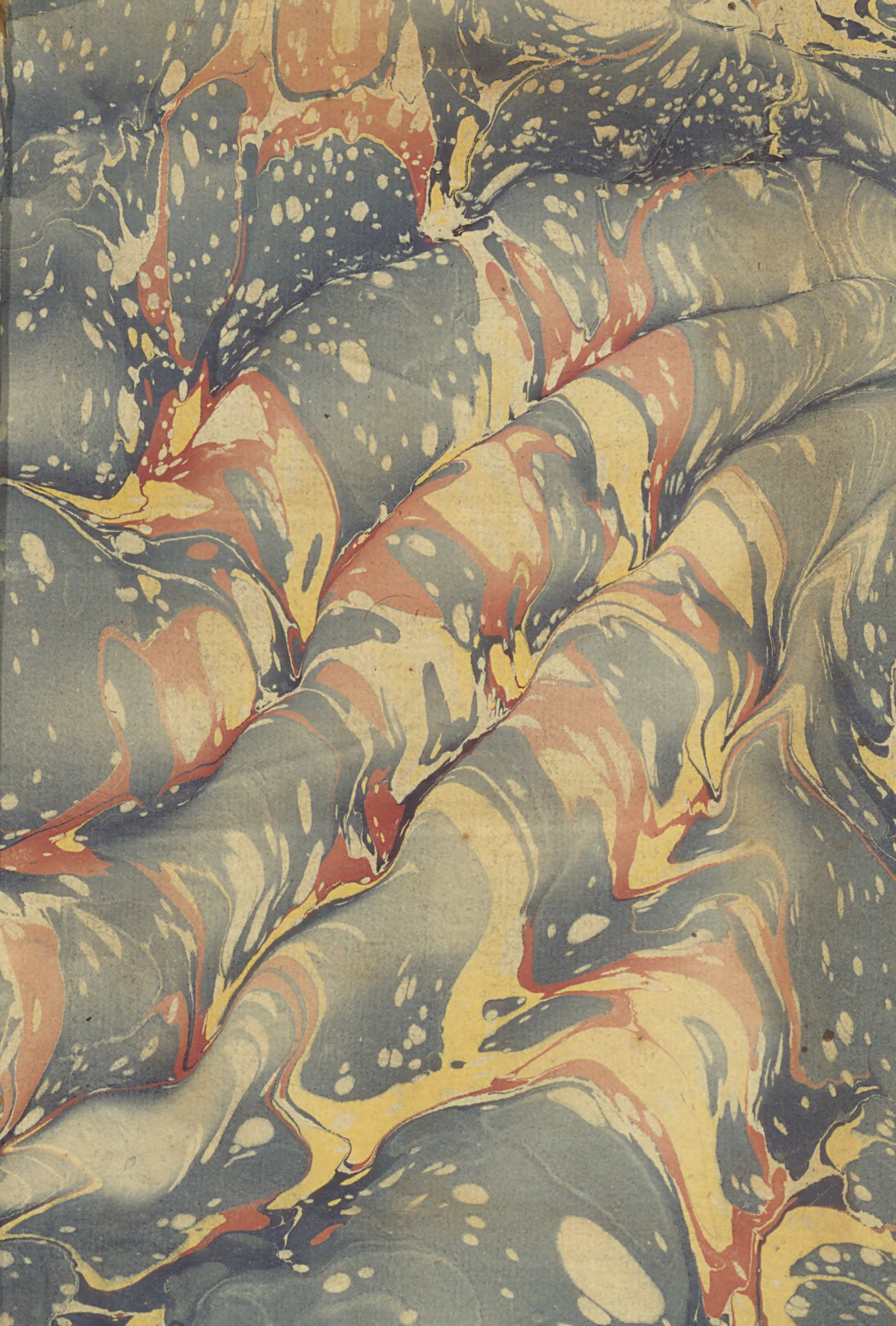






INSTITUCIONES

DE

DERECHO REAL DE ESPAÑA.

POR EL DOCTOR

DON JOSÉ MARÍA ALVAREZ,
CATEDRÁTICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA REAL Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD DE GOATEMALA.

Vir bonus et prudens. . . . .
. . . . parum claris lucem dare coget:
Arguet ambiguè dictum: mutanda notabit.
HORAT. — *De Art. Poet.*

TOMO PRIMERO.

MADRID:
IMPRENTA DE REPULLÉS: 1829.

Se hallará en las librerías de Escamilla y Sojo, *calle de Carretas.*

PRÓLOGO.

El estudio de nuestra legislacion, dificil por los muchos y voluminosos códigos de que se compone, lo es principalmente por la falta de una obra elemental, en la que, desechando cuantas disposiciones legales esten derogadas por el uso ó por otras posteriores, se estracten breve y metódicamente las vigentes. Los jóvenes que emprenden la honrosa carrera de la abogacía, y mas sus mismos catedráticos, conocen bien la necesidad de semejante libro, y la imperfeccion del que se ven obligados á manejar. Pero por sensible y vergonzoso que haya sido hasta aqui el estado de nuestra jurisprudencia en esta parte, nada tiene de estraño. El reducir á corto volúmen y órden conveniente la doctrina contenida en la muchedumbre de leyes establecidas en el espacio de doce siglos que han transcurrido desde la promulgacion del Fuero Juzgo, ofrece sin duda grandes dificultades; y por otra parte nuestros mejores jurisconsultos han carecido de todo estímulo para intentar vencerlas, pues hasta principios del siglo presente

no se ha estudiado en nuestras universidades el Derecho patrio. Ahora que nuestro Gobierno fomenta este estudio como su importancia exije, y que la atencion de los legistas se ha dirigido hácia él con preferencia, se siente mas que nunca la necesidad de unos buenos elementos del Derecho español. En los publicados por el Pavorde Sala con el título de *Ilustracion del Derecho Real de España* se encuentran defectos tan sustanciales, que á pesar de lo raro y necesario de la obra, y del prestigio que haya podido ganarle el haber sido adoptada por texto en las universidades, tiene en contra suya el voto general de los maestros y de los estudiantes de Derecho. Muchas de las citas que hace de nuestras leyes estan erradas, y esto solo basta para destruir la principal utilidad que puede sacarse de las obras de esta especie. Ademas, las resoluciones de casi todos los puntos cuestionables de que trata se resienten, ó de la poca crítica legal del Pavorde, ó de la precipitacion con que compuso su obra; en la cual, segun él mismo dice, solo empleó catorce meses, habiendo tenido que leer una ó mas veces 1598 leyes españolas, 1094 romanas y 53 tratadistas regnícolas. Empresa es esta que pedia mas tiempo, y ya por no haberlo empleado, ó ya por otra causa, lo cierto es que la Ilustracion de Sala, mas

todavia que por sus defectos sustanciales, retrae á todos de su lectura por su estilo desaliñado y por el lenguage peregrino y no nada bueno de que usa, pues á vueltas de mil voces anticuadas y ásperas presenta otras exóticas, por lo comun latinas en su origen, y hasta en la estructura que les conserva. Nuestro sabio Gobierno, que á falta de otra mejor se ha visto precisado á adoptar esta obra para la enseñanza, ha ofrecido un premio al que la traduzca al latin, para purgar sin duda nuestra lengua de un libro que le hace poco honor, y evitar el que pasen á la dócil juventud los grandes defectos de que en este punto adolece. Al hacer esta ligera reseña de las faltas mas notables de la Ilustracion de Sala no es nuestro ánimo deprimir el mérito del autor, sino manifestar que en ninguna de ellas ha incurrido el nuestro. Para dar á conocer una obra nueva no hay mas medio que compararla con las que existen de su especie, ó dar de ella una analisis razonada y minuciosa. Siendo esto último tan embarazoso y ageno de un prólogo, nos limitaremos á decir que Alvarez ha imitado felizmente al gran Heinecio, cuyas ideas vierte alguna vez literalmente; que su obra le ha grangeado la estima de los mejores jurisconsultos, y que á juicio de los que mas se distinguen en esta Corte, hacemos un servicio á la juventud

reimprimiéndola con alguna que otra liviana alteracion que se ha creido necesaria. Las únicas que se han hecho consisten en haber suprimido las disposiciones peculiares de la legislacion de Indias, y añadido algunas notas, que por ser tan pocas no van designadas con ninguna señal particular. En lo demas se da el texto conforme á la edicion hecha en Goatemala, sin mas adicion que la de un breve título sobre mayorazgos, de cuya importante materia nada decia Alvarez, sin duda por ser muy rara en América esta institucion.

COMPENDIO

DE LA HISTORIA

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

Como este compendio no tiene otro objeto que dar á los principiantes alguna idea de los códigos de nuestro derecho, solo haré en él una breve relacion de aquello en que convienen nuestros autores, desentendiéndome de las prolijas disputas que suelen mezclarse en esta materia.

Aunque no faltan quienes hayan querido descubrir las leyes con que se gobernaron los primeros fundadores de España antes de la invasion de los cartagineses en ella (1), no obstante sobre este particular es menester confesar que no tenemos cosa cierta. Lo mas probable parece ser que no tuvieron leyes escritas, gobernándose sin duda por las de costumbre y por juicios arbitrarios, fundados en equidad y justicia. Se cree que los cartagineses comenzarian por lo menos á introducir las suyas en las provincias que dominaron. Pero aun esta congetura no carece de inverosimilitud si se atiende al poco tiempo que duró su gobierno, que fue de poco mas de doscientos años, y á las contínuas guerras de que estuvieron agitados en todo él.

A los cartagineses siguieron los romanos en la domina-

(1) Prieto Sotelo lib. 1. cap. 3. n. 3. y sig.

cion de España, y de estos no hay duda que luego que perfeccionaron la conquista de todas sus provincias, introdujeron en ellas su lengua, sus costumbres y su legislacion.

En la decadencia del imperio romano de occidente pasó España á la dominacion de diferentes naciones bárbaras del norte, como fueron los Godos, los Vándalos, los Alanos, los Suevos y Silingos. Todos ellos se disputaron largo tiempo el dominio, hasta que los godos con la ruina ó destierro de todas las otras quedaron por dueños únicos de España, lo que sucedió hácia el año de 412 de Jesucristo. Los godos en el principio de su reinado permitieron á los españoles continuar usando de las leyes romanas, á que parece estaban acostumbrados, y poco á poco fueron ellos estableciendo algunas. El primero que las dió escritas fue el Rey Eurico, que murió el año de 483. A ellas añadieron otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo, quien enmendó y arregló las que habia, quitando las supérfluas y añadiendo otras necesarias.

Fuero Juzgo.

El primer código de leyes godas es el famoso que se publicó el siglo XII en latin con el nombre de *Liber Judicum*, llamado tambien *Fuero de los Jueces*, ó *Fuero Juzgo*, y se tiene por fuente y orígen de las leyes de España. Divídese esta obra en doce libros repartidos en títulos, y sus leyes se componen de edictos de diversos Reyes godos, de decretos de varios concilios toledanos, y de otras leyes, cuyo orígen no se espresa. Se duda sobre su autor, y unos lo atribuyen á Sisenando, otros á Chindasvindo, y otros á Recesvinto, que todos florecieron en el siglo VII.

Despues de la entrada de los árabes en España, que sucedió el año de 714, en que se arruinó la monarquía goda,

continuaron en regir las leyes godas por muchos años en las provincias que se preservaron de los moros y en las que se iban recobrando, gobernándose por ellas y por las costumbres de la nacion en general. La division de las provincias que se conquistaban á los moros, y la diferencia que con el tiempo se iba notando en muchas cosas del gobierno particular de cada una, originaron la variedad de códigos que se establecieron en ellas. En Castilla se estableció á fines del siglo X y principios del XI por su conde Don Sancho García el *Fuero* llamado *viejo de Castilla*, cuyas leyes son, despues de las del Fuero Juzgo, las fundamentales de la corona de Castilla, separada de la de Leon. Don Alonso VII en las Cortes de Nájera de 1128 lo aumentó y enmendó, publicando diferentes leyes respectivas al estado de los nobles. A ellas se unieron despues varios usos y costumbres de Castilla, y diferentes *fazañas* ó sentencias pronunciadas en los tribunales del reino, las cuales rigieron hasta el reinado de Don Alonso XI, que quiso fuesen preferidas las del código que arregló y publicó en las Cortes de Alcalá del año de 1348, conocido por el nombre de *Ordenamiento Real de Alcalá.* Ultimamente el Rey Don Pedro en las Cortes de Valladolid de 1351 enmendó y arregló el *Fuero de Castilla* en la forma que ha llegado á nuestros tiempos, siendo conocido tambien por los nombres de *Fuero de los Hijosdalgos*, *Fuero de Burgos* y *Fuero de las fazañas, albedríos y costumbres antiguas de España.*

En el reino de Leon dió el Rey Don Alonso V, en las Cortes generales que tuvo en la ciudad de este nombre el año de 1020, el fuero llamado de Leon, compuesto de leyes establecidas en aquella asamblea para el gobierno de

la misma ciudad y reino, con inclusion de Galicia y la parte de Portugal conquistada hasta entonces, continuando en regirse por ellas hasta que se publicó el código llamado *Fuero Real*; y aunque se establecieron en Castilla y Leon los dos fueros referidos, castellano y leonés, continuaron en observarse tambien en sus provincias, mas ó menos respectivamente, las leyes del Fuero Juzgo en todo lo perteneciente al derecho comun, hasta que con el tiempo se fue entibiando su observancia, principalmente en Castilla la vieja; pero si decayó su vigor en esta, lo recobró en la estension de Castilla la nueva y las provincias que se fueron conquistando desde el reinado de Don Alonso VI hasta principios del de Don Alonso el Sabio, cuyos Monarcas dieron las leyes de este código á los pueblos conquistados para su gobierno en todo lo perteneciente al derecho comun.

Fuero Real. El Rey Don Alonso X, llamado el Sabio (1), deseando anular los fueros de poblacion y conquista, y los generales de Castilla y Leon, para evitar la confusion y aun complicacion de tanta multitud de leyes diferentes en cada provincia, ordenó y publicó en el año de 1255 el *Fuero Real*, conocido tambien por los nombres de *Libro de los consejos de Castilla*, *Fuero de las Leyes* y *Fuero de la Corte*, porque se decidian por él principalmente los juicios en los tribunales de la Corte, mandando que sus leyes fuesen genera-

(1) No faltan quienes defiendan que Don Alonso el Sabio fue IX y no X, y que el X fue el autor del Fuero Real, y por consiguiente que este es posterior á las Partidas. Los fundamentos de esta opinion no parecen de mucha gravedad, y pueden verse en Colon Librer. de Escrib. lib. 1. cap. 2. n. 10.

les y únicas en todos sus dominios; pero reconociendo la nobleza y los pueblos, particularmente de Castilla, que por ellas quedaban derogados sus antiguos fueros y franquezas, las reclamaron y recobraron en tiempo del mismo Rey Don Alonso, cesando entre ellos la observancia de Fuero Real, el cual se aceptó generalmente en Estremadura, en Algarve, Andalucía, reino de Murcia &c., habiendo hecho la misma reclamacion los concejos de las ciudades y villas de la corona de Leon, en tiempo de las discordias del Infante Don Sancho con su padre el mismo Rey Don Alonso, capitulando entre otras cosas el restablecimiento de las leyes del Fuero Leonés y Fuero Juzgo.

El Fuero Real no dejó de tener muchos defectos; con este motivo, para su mayor declaracion é inteligencia fue necesario se compusiesen las advertencias llamadas Leyes de Estilo en número de doscientas cincuenta y dos con autoridad del mismo Rey Don Alonso, de su hijo Don Sancho y de Don Fernando el Emplazado, segun se declara en su prólogo. Se publicaron á fines del siglo XIII ó principios del XIV, y algunas de ellas se hallan insertas en la Nueva Recopilacion. Leyes del Estilo.

Despues del Fuero Real sigue el código célebre de las Partidas. El prólogo de esta obra nos refiere que el Rey Don Alonso el Sabio la emprendió por mandado de su padre S. Fernando el año de 1251, 4.° de su reinado, y que la acabó siete años despues. No se observaron estas leyes hasta el tiempo de Don Alonso XI (hácia el año de 1348), quien por la ley 1.ª, tít. 28 de su Ordenamiento de Alcalá las publicó y dió valor, habiéndolas antes enmendado y corregido á su satisfaccion. Esto mismo consta en la ley 3.ª, tít. 1.°, lib. 2.° de la Nueva Rec. Se tiene Las siete Partidas.

por cierto que la causa de haberse dilatado tanto tiempo la publicacion de este código fueron las turbulencias, guerras y otros gravísimos negocios ocurridos en el reinado de Don Alonso el Sabio y en los dos siguientes.

Se componen las Partidas en gran parte de leyes del Derecho Romano, de capítulos del Derecho Canónico, y de autoridades de los Santos Padres. Es evidente que contienen al mismo tiempo muchas leyes antiguas del reino, y que se consultaron las costumbres y fueros de la nacion, deseando saliese un cuerpo legal perfecto y peculiar de nuestra España; pero este objeto tan importante no se logró completamente.

Ordenamiento de Alcalá.

Don Alonso XI queriendo que todos sus reinos se gobernasen por unas mismas leyes, teniendo presentes las que promulgó en las Cortes de Ciudad Real y Segovia, formó en las de Alcalá año de 1348 el Ordenamiento de Leyes, conocido por este nombre, mandando que rigiesen en sus dominios con preferencia á los códigos antiguos, y despues de ellas las de los Fueros Municipales de los pueblos, y las de las Partidas, habiéndolas antes corregido; lo cual renovó Don Enrique II en las Cortes de Toro año de 1369, y la Reina Doña Juana en la ley 1.ª de Toro que se halla inserta en la Nueva Recopilacion. Casi todas las leyes de este código se pasaron asimismo á dicha Recopilacion, ó enteras, ó con alguna leve mutacion.

Ordenamiento Real.

De las leyes de este código, y de las que promulgaron los Reyes sucesores, desde Don Alonso XI hasta los Reyes Cátolicos, se formó el que conocemos con el título de *Ordenanzas Reales de Castilla*, y tambien con el de *Ordenamiento Real.* Se compone de varias leyes, ya dispersas, ya

contenidas en el Fuero Real, Leyes del Estilo y Ordenamiento de Alcalá, y se divide en ocho libros. Se cree que su autor, Alonso Montalvo, emprendió esta obra de órden de los Reyes Don Fernando y Doña Isabel, como lo asegura él mismo en su prólogo; pero nunca se espidió ley alguna que diese fuerza á esta compilacion, por lo que sus leyes no tienen otra que la que merecen en su original.

A las referidas colecciones se siguió otra que se llamó la *Nueva Recopilacion*. Esta se concluyó y publicó el año de 1567 en dos tomos comprensivos de nueve libros, incórporándose en ella las leyes que corrian en varios cuadernos, y otras que se hallaban sueltas. En las posteriores ediciones, hechas en los años de 1581, 92 y 98, 1640, 1723 y 1745, se le fueron aumentando muchas leyes establecidas en el tiempo intermedio de una edicion á otra; de suerte que en la de 1745 se le añadió un tercer tomo, en el cual, bajo el nombre de *Autos acordados del Consejo*, se incluyeron mas de quinientas pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes, declaraciones y resoluciones reales espedidas hasta dicho año, distribuyéndolas por el mismo órden de títulos y libros contenidos en los dos tomos de Leyes Recopiladas. Con el aumento de veinte y seis leyes y doce autos salieron otras tres ediciones en los años de 1772, 75 y 77, ofreciendo dar al público en otro tomo separado por via de suplemento el gran número de cédulas y decretos reales, y autos acordados que habian salido desde el año de 1745. **Nueva Recopilacion.**

Ultimamente se ha publicado otra edicion de la misma Recopilacion, no por el método y órden de la antigua, sino en nueva forma, aprovechando las leyes útiles contenidas **Novísima Recopilacion.**

en aquella, y agregando mas de dos mil providencias respectivas al tiempo desde 1745 hasta 1805. Esta Recopilacion, dividida en doce libros, se aprobó y mandó observar por el Señor Don Cárlos IV, con el título de *Novísima Recopilacion de las leyes de España*, por una Real cédula de 15 de Julio de 805, que se halla al principio de la obra.

Conocidas las épocas de la promulgacion de todos estos códigos, y sabido el principio de que *las leyes posteriores derogan á las anteriores*, se conocerá el valor relativo de todas las partes de nuestra legislacion, y se sabrá por cuáles leyes debe fallarse en los diversos casos que pueden ocurrir. Pero para proceder en materia tan importante segun el tenor de las leyes véase la 3.ª, tít. 2.º, lib. 3.º de la Nov. Rec.

LIBRO PRIMERO.

DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

TÍTULO I.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

PRIMERA PARTE.

De la justicia y sus divisiones.

Como cualquiera que se dedica al estudio de alguna ciencia debe saber el fin á que ella se destina, diremos aqui brevemente cuál sea el de la jurisprudencia, de que vamos á tratar. El fin último á que esta noble ciencia dirige sus conocimientos es la observancia de la justicia, y este mismo debe ser el fin próximo de un buen jurisconsulto. Porque asi como la felicidad eterna de los hombres es el fin último de la teología, y la sanidad del cuerpo humano el de la medicina, porque á esto dirigen sus miras estas facultades, asi tambien el fin de la jurisprudencia y del jurisconsulto que se aplica á ella debe ser la tranquilidad interna de la república, que no se consigue si no es por medio de la justicia. No nos quedará duda de esta verdad si reflexionamos que quitada ella, la vida de los hombres será semejante á la de los peces, entre los cuales el mayor devora al menor. Se inventó, pues, la jurisprudencia para que los derechos de todos fuesen guar-

dados; para que se dé á cada uno lo que es suyo, se premien las virtudes y se castiguen los vicios. Es decir, para que vivan los hombres una vida quieta y tranquila en piedad y honestidad, como dice el Apóstol.

De este fin se apartan los que se aplican al estudio del derecho con la mira de defender cualesquiera causas en el foro y hacer ganancias arruinando las fortunas de los hombres. Estos no se deben llamar abogados ni jurisconsultos, sino buitres togados, tanto peores que los ladrones, cuanto mas impunemente roban bajo la capa de defender la justicia. Quede, pues, profundamente impreso en los cursantes de derecho que el fin de la jurisprudencia no es otro que la guarda de la justicia.

Veamos ahora qué cosa es la justicia, y cómo se divide. La justicia, tomada en general, podemos decir que es *la observancia de todas las leyes que previenen no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo y vivir honestamente* (1). Se divide en *moral* y *civil*. La justicia moral es una virtud que reside en el alma, ó un hábito con el cual el hombre arregla todas sus acciones á la ley (2). En este sentido, pues, no es justo aquel que cumple en el esterior con los oficios á que está obligado, si no los practica por amor de la virtud: el fariseo que se jactaba de no ser ladron, adúltero ni publicano, no era moralmente justo, porque solo se abstenia de estas acciones malas por hipocresía, y no por amor de la virtud. Por el contrario, justicia civil se dice aquella que hace al hombre arreglar sus acciones esternas á las leyes, pero sin que esto nazca de amor á la virtud ni de rectitud de juicio, sino por medio de la pena. De aqui se infiere que si uno paga los tributos á que está obligado al Príncipe, se abstiene de matar, de robar,

(1) Arg. de la ley. 3. tít. 1. Part. 3.
(2) Ley 1. tít. 1. Part. 3.

ó de otro modo dañar á ninguno de sus conciudadanos, será justo civilmente aunque todo esto lo practique contra su voluntad, aunque sea un hipócrita y aun cuando fuese un ateista. Esto nace de que como son los medios asi es el fin: los medios que la jurisprudencia suministra son las penas y los premios. Estos no hacen justos moral, sino solo civilmente, porque en el fuero esterno ninguno es castigado por culpa que no turba la tranquilidad de la república, que es el fin de la sociedad. Luego la justicia que es el fin de la jurisprudencia no es otra que la civil.

De lo dicho se infiere el juicio que se debe hacer de la definicion de la justicia que da Justiniano, y la ley de Partida (1), diciendo *que es una constante y perpétua voluntad de dar á cada uno lo que es suyo.* Esta definicion es buena, aunque no para esplicar la justicia de que aqui tratamos. Las palabras *constante* y *perpétua* voluntad le sirven de género, y quieren decir lo mismo que virtud, porque entre los estóicos, de cuya filosofia es tomada, toda virtud era una voluntad constante y perpétua. Por aquellas palabras *de dar á cada uno lo que es suyo* se determinaba aquel género, y se aplicaba á la justicia, que es el oficio de la diferencia específica. Pero esta justicia, segun hemos esplicado, es la moral, que no es el fin de la jurisprudencia, ni se puede conseguir por solo sus preceptos. Concluyamos, pues, definiendo en términos preciosos la justicia civil de que vamos á tratar: es *la conformidad de las acciones esternas á las leyes para no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo y vivir honestamente* (2).

Se divide la justicia en *expletriz y atributriz.* Para entender esta division es necesario advertir que los oficios (*)

(1) Ley 1. tít. 1. Part. 3.

(2) Dicha ley 3. tít. 1. Part. 3.

(*) Por oficio entendemos una accion que se debe conformar á alguna ley por nacer de obligacion perfecta ó imperfecta. No es necesa-

á que estamos obligados para con los demas hombres son de dos maneras. Unos son mandados por la ley como necesarios, de tal suerte que pueden ser forzados y aun castigados los que no los cumplen. Tales son los que nacen de aquel principio que es fuente de todos los oficios perfectos: *lo que no quieres te sea hecho á tí no lo hagas á otro.* De donde se infiere que ninguno debe matar, injuriar ni dañar á otro, que se deben pagar las deudas, que se deben guardar los pactos &c. El que falta á algun oficio de estos, ó rehusa cumplirlo, puede ser castigado por los jueces, ú obligado á su cumplimiento, y por esto semejantes *oficios* se llaman *perfectos.* Otros hay que son recomendados por la ley como virtuosos, pero á ninguno fuerza á prestarlos, sino que los deja á la libertad de cada uno. Tales son los que se deducen de aquel otro principio que lo es de todos los oficios imperfectos. *Todo lo que quieres te sea hecho á tí hazlo á otro*: v. gr., comunicar á otro que lo necesita lo que nos sobra ó nada nos cuesta; dar limosna y hacer otros beneficios á los demas, los cuales se llaman *oficios de humanidad y beneficencia.* El que no los cumple en realidad es inhumano, pero no puede ser reconvenido delante del juez, ni forzado con penas á practicarlos, y por esto se dicen *imperfectos.*

Con lo dicho fácilmente se esplica cuál sea justicia *expletriz* y cual *atributriz.* Expletriz es la que da á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Segun esta definicion el que se abstiene de hurtar y de dañar de cualquier modo á otro, el que paga lo que debe, el que cumple los pactos y contratos que ha hecho, se dice que observa la justicia expletriz, porque todos estos oficios se de-

rio que la ley mande precisamente amenazando con pena eterna, basta que sea ó con pena temporal, ó con algun desagrado de Dios, ó que sea omision de algun acto virtuoso. Para mejor inteligencia de esto léase el cap. 5. del derecho natural de Heinnecio.

ben con derecho tan perfecto, que el que los niega puede ser compelido por el magistrado á prestarlos. Por el contrario, la atributriz es aquella que da á cada uno lo que se le debe por sola humanidad y beneficencia, es decir, que da lo que debemos á otro sin poder ser compelidos á cumplirlo. Diremos, pues, que observa esta justicia el que da limosna á los necesitados, el que muestra el camino al que lo ha errado &c.

Si se pregunta por qué la justicia expletriz admite coaccion y la atributriz no, se puede dar una razon aqui de esta diversidad, remitiendo al derecho natural (1) á los que quieran saber las fundamentales. Todos los oficios perfectos se deben por una cierta y determinada persona, de suerte que si esta no los cumple no hay otra de quien poderlos exigir. Por ejemplo, si Ticio me debe cien pesos, de solo él los puedo exigir, y me burlarian con mucha razon si no pagándomelos él se los pidiese á Cayo. Por el contrario, los oficios imperfectos se deben por todos los hombres y no por determinada persona, y asi á un pobre, v. gr., le debo dar limona, pero no solo yo, sino tambien los demas hombres, por lo cual si yo se la niego puede pedirla con el mismo derecho á Cayo, á Sempronio y á cualquiera de los otros. Debiéndose, pues, los oficios perfectos por una cierta y determinada persona, debe ésta ser compelida á cumplirlos, porque de otra suerte quedaria yo privado de mi derecho; mas para los imperfectos no fue necesario establecer coaccion, porque no queda sin recurso un mendigo que sufre repulsa de uno ú otro.

De esta division de la justicia que hemos esplicado se deducen con claridad los tres preceptos del derecho. Estos son *vivir honestamente, no dañar á otro y dar á cada uno lo que es suyo.* Es verdad que se podian referir otros mu-

(1) Véase el cap. 1. del derecho natural de Heinn.

chos, pero todos se reducen á estos tres, segun la division hecha, porque la justicia es ó atributriz ó expletriz. La atributriz se versa acerca de los oficios imperfectos que nacen de la honestidad y decoro, por lo cual es precepto del derecho *vivir honestamente.* La expletriz se versa acerca de los oficios perfectos. Nos manda, pues, ó abstenernos de los vicios prohibidos por las leyes, ó hacer aquellas cosas que estas ordenan. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la ley cumple el precepto de *á ninguno dañar*; el que hace lo que las leyes mandan satisface al precepto de *dar á cada uno lo que es suyo.* Estos tres preceptos son sin duda alguna las fuentes de todo el derecho, y como á tales se deben referir á ellos todas las doctrinas de la jurisprudencia. Asi, por ejemplo, el que se abstiene de hurtar, de robar, de matar y de dañar, es justo, porque á ninguno daña: el que cumple los contratos, guarda los pactos &c., es justo, porque da á cada uno lo que es suyo: el que se porta en la república como buen ciudadano, procura ser útil á la patria, se ocupa en obras buenas y vive templada y modestamente, es justo, porque vive honestamente. De suerte que abrazan mas estos tres principios de lo que aparece á primera vista.

Síguese otra division de la justicia, la cual, segun la mente de los autores, es ó universal ó particular; y esta ó conmutativa ó distributiva; pero una y otra es poco exacta. Daremos sus definiciones segun la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está tomada dicha division. La universal, segun el filósofo, es *el ejercicio de todas las virtudes para con los demas.* En este sentido, si uno es justo, liberal, humano y modesto, será justo con esta justicia universal. La justicia particular es aquella que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes esteriores ni toma para sí mas utilidad ni grava á otro con mas pérdida de la que conviene: v. gr., si uno en la distribucion

de los oficios, honores y premios no tiene la mira en algun interés suyo, sino que da á cada uno lo que se le debe, este guarda la justicia particular. Esta es ó conmutativa ó distributiva: la conmutativa es la que mira á la cosa recibida, y no á las cualidades de la persona; de manera que guarda una perfecta igualdad como la que se observa en los contratos: v. gr., un panadero no vende el pan á menos precio á un senador que á un zapatero, si de otra suerte lo hiciese seria injusto. La distributiva por el contrario es la que mira á las cualidades de la persona, y asi no puede guardar una perfecta igualdad si no solo la que llaman geométrica: v. gr., el Príncipe distribuye los oficios, á uno hace consejero, á otro secretario, á otro cónsul, á otro presidente, á otro verdugo. Mas ¿se podrá llamar injusto porque á este no hizo consejero, porque no guardó igualdad siendo todos ciudadanos? Antes bien seria injusto si á todos sin discernimiento encomendase unos mismos empleos, porque en distribuir los honores, los premios y los castigos no se debe atender solo á la sustancia de la cosa, sino principalmente á las cualidades de la persona.

Asi se esplican los autores, segun la mente de Aristóteles. Pero semejante division no es digna de aprobarse, asi por no ser necesaria bastando la que se dió arriba, como porque si se quiere tener por rigurosa division es poco exacta. La razon es porque en las divisiones un miembro no debe comprender á otro, y asi, v. gr., seria un absurdo dividir al hombre en todo el hombre y en un dedo. Lo será, pues, tambien dividir á la justicia en universal que comprenda todas las virtudes, y en particular que solo abrace una opuesta á la avaricia (*).

(*) Es verdad que la palabra justicia se puede tomar, y aun se toma frecuentemente, por un conjunto de todas las virtudes, y en este sentido llama el Evangelio á S. José justo: *Ioseph autem vir ejus cum esset*

SEGUNDA PARTE.

Del derecho ó de la jurisprudencia.

Por esta palabra *derecho* no se entiende aqui otra cosa que el conjunto de las leyes, y segun la calidad de que sean estas lo es tambien el derecho que constituyen. Asi, v. gr., derecho natural es el que se compone de las leyes naturales; derecho divino es el conjunto de las leyes divinas, y civil la coleccion formada de las leyes civiles. Ahora, pues, la ciencia de este derecho civil es la que se llama jurisprudencia, y es *una ciencia práctica de interpretar bien las leyes y de aplicarlas á los casos ocurrentes* (1) (*).

Iustus Mat. 1. No obstante, hablando en rigor lógico es mala la division de la justicia en universal y particular por la razon alegada. Diremos, pues, que la palabra justicia tiene dos acepciones, una en que se toma por el conjunto de todas las virtudes, y el hombre que las tiene se llama justo; y otra en que se denota una virtud especial que tiene el objeto que hemos esplicado.

(1) L. 13. tít. 1. Part. 1. 8. en el princ. tít. 31. Part. 2. Proem. y l. 36. tít. 34. Part. 7.

(*) En el §. 1. de este tít. se define la jurisprudencia *divinarum atque humanarum rerum notitia*, *justi*, *atque injusti scientia*. Una noticia de las cosas divinas y humanas no es otra cosa que lo que los antiguos entendian por filosofia, y esto es lo que Ulpiano toma para génèro de esta definicion. Mas como la filosofia tiene por objeto lo verdadero, y lo falso en la lógica, lo bueno y lo malo en la moral, y las causas de todos los efectos naturales en la fisica, no cuidando de ninguna materia de estas la jurisprudencia, de ahi es que le añade por diferencia específica una ciencia de lo justo y de lo injusto, es decir, que la jurisprudencia es uua filosofia que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Asi se esplicaba Ulpiano, pero muy mal. Lo primero porque es falso que la jurisprudencia sea filosofia ó parte de ella, pues esta ciencia deduce sus doctriuas de sola la recta razon, como único principio de conocer, y la jurisprudencia principalmente de las leyes escritas, aunque no se conozcan por sola la razon. Lo segundo porque esta definicion tuvo su orígen de la emulacion que habia entre los filósofos y los jurisconsultos. Estos despreciaban á aquellos por su

En esta definicion el género es *ciencia práctica*, porque no aprendemos el derecho para hacer de él una nuda especulacion, sino para ponerlo en práctica: un fisico, v. gr., especula qué cosa sea el viento, ó cuál la naturaleza de la luz, y con esto se contenta, aunque nunca haga uso de sus conocimientos. Mas el jurisconsulto no aprende qué cosa sea contrato, qué restitucion *in integrum*, ni cómo se forma un libelo para solo complacerse en esta ciencia, sino para saber celebrar un contrato, ó decidir si está bien celebrado ó nó; para pedir en juicio la restitucion *in integrum* por sí ó por otros cuando sea necesario; y para que cuando alguno intente privarlo de su derecho pueda presentar al juez un libelo bien formado. Todo aqui es práctico, ó se ordena á la práctica, y por esta razon definimos á la jurisprudencia diciendo que es una *ciencia práctica*.

afectacion y por sus estraños modos de opinar nada útiles á la república, y creían que eran mejores filósofos porque procuraban mejorar las costumbres de los hombres por medio de las penas y de los premios. Esta emulacion entre los jurisconsultos y los filósofos es la verdadera razon de que Ulpiano definiese en estos términos la jurisprudencia con la mira de atribuirle á ella todo lo que los filósofos atribuían á la filosofia, aunque no haya razon alguna para llamarla ciencia de las cosas divinas y humanas.

El Barbadiño criticando estas definiciones antiguas dice asi en la carta 13: "No quiero salir de la mas célebre, que es la de la jurisprudencia, la cual dió Ulpiano, y repite Justiniano en las instituciones *jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi, atque injusti scientia.* Esta difinicion ha quebrado la cabeza á los jurisconsultos, que por bien ó por mal quieren que sea buena. Si Ulpiano parase en decir que era ciencia de lo justo é injusto, se podia perdonar; pero decir que comprende las cosas divinas y humanas es querer que la llamemos enciclopedia, ó para decirlo mas claro, es querer que demos una carcajada." Y no dijo esto Barbadiño porque no haya entendido tan descabellada definicion, pues la entiende de la misma suerte que Acursio, quien preguntado ¿si seria preciso que el jurisconsulto estudiase teología? respondió que nó, dando por razon la siguiente: *Nam omnia in corpore juris inveniuntur.*

La diferencia por la que la jurisprudencia se distingue de las demas ciencias prácticas, es la interpretacion y aplicacion de las leyes, y por eso se añade en la difinicion de *interpretar bien las leyes, y de aplicarlas á los casos ocurrentes.* Lo primero, pues, que hace un jurisconsulto es saber las leyes; despues pasa á darlas una recta interpretacion, y finalmente las aplica á los casos que cada dia se ofrecen en la vida civil. Estas tres calidades de tal suerte estan unidas entre sí, que si alguno quisiese separar una sola de ellas, aunque tuviese las demas, no mereceria el nombre de jurisconsulto. Porque si suponemos que sabe las leyes, pero no las interpreta bien, no será jurisconsulto, sino *leguleyo.* El que las sabe y las interpreta, pero no es capaz de aplicarlas, será jurisperito, mas no jurisconsulto. El que las aplica, esto es, se entrega á la práctica temerariamente, y á producir alli los estudios crudos, careciendo todavia de la competente ciencia, discrecion y tino, se llama *rábula.* Finalmente, el que sabe las leyes, las interpreta bien y las aplica erudita y juiciosamente en los casos que se le ofrecen, este solo merece con verdad el nombre de jurisconsulto, ó de sabio en el derecho (1).

Siendo de tantas obligaciones el empleo de los jurisconsultos, á que llamamos en España *abogados*, han procurado nuestras leyes que los que lo hayan de ejercer esten adornados de toda la ciencia y práctica que es necesaria. Con este objeto se han promulgado varias leyes y publicado diferentes planes de estudios; pero siendo tan conocido de los juristas, á quienes se destina esta obra, el plan general vigente en el dia, seria inútil estractar aqui sus disposiciones relativas á este punto.

Siendo las principales obligaciones de un buen abogado por lo tocante á la ciencia el interpretar y aplicar bien

(1) Ley 13. tít. 6. P. 3.

las leyes, diremos algo acerca de estos dos puntos. Interpretar el derecho es no solo saber las leyes literalmente, sino entender el verdadero sentido de sus palabras (1). La interpretacion de una ley ó pertenece al legislador, y entonces se llama *auténtica*, ó al juez, y entonces se dice *usual*, ó á los jurisconsultos, la que llaman *doctrinal*. Auténtica es cuando la ley está tan obscura que es necesario consultar al mismo legislador para que esplique el sentido que quiere darle (2). La usual se verifica cuando el juez interpreta las leyes por asuntos decididos antes. Asi sucede muchas veces que suscitándose duda en algun tribunal acerca del modo con que se debe entender una ley, se consultan las decisiones antiguas, y de ellas se toma la interpretacion: se llama, pues, usual porque se funda en el uso y práctica anterior. Finalmente, la doctrinal es cuando los doctores ó abogados esplican alguna ley conforme á las reglas de una justa interpretacion. A esto se reducen todos los comentarios que sobre las leyes han escrito los legistas, los cuales entonces tienen la correspondiente autoridad cuando los intérpretes han observado las reglas de la buena interpretacion, y valen tanto ó tienen tanta fuerza cuanta tengan las razones en que se funden.

La interpretacion doctrinal puede ser de tres maneras; ó estensiva, ó restrictiva, ó declarativa. Estensiva es cuando la razon de la ley se estiende mas que las palabras, de suerte que por medio de la interpretacion se lleva á un caso que no está espreso en ella: v. gr., prohibe el Príncipe que se estraiga trigo de la provincia bajo la pena de confiscacion: un mercader no estrae trigo, sino harina; se pregunta: ¿habrá obrado contra la ley y merecerá la pena ó nó? Y se debe afirmar que sí; porque aunque la ley no

(1) L. 13. tít. 1. P. 1.
(2) L. 3. tít. 1. lib. 2. Rec.

habla de la harina, la razon de la prohibicion es evitar la escasez, la cual igualmente amenaza sacando la harina y el trigo. La restrictiva por el contrario es cuando las palabras se estienden mas que la razon de la ley, de suerte que por la interpretacion se esceptúa un caso que las palabras de la ley parecen comprender: v. gr., dicen que en Bolonia habia una ley que condenaba á muerte á cualquiera que hiciese alguna efusion de sangre humana en la plaza pública. Supongamos que un barbero se vió en la necesidad de sangrar en el mismo lugar á un hombre acometido de apoplegía; pregúntase: ¿si habrá faltado á la ley? y se niega, aun siendo tan generales las palabras en que está concebida. Porque la razon de la ley es la seguridad pública, y esta no se turba con la sangría que se dió por necesidad. Finalmente, la declarativa tiene lugar cuando la razon de la ley se estiende tanto como sus palabras, de suerte que no se necesita mas que esplicarlas.

Esto es por lo que hace á la interpretacion de las leyes: síguese su aplicacion. Se dice, pues, que es perito para aplicar ó acomodar á la práctica el derecho el que lo es para responder á las cuestiones de los que consultan, lo que en algunos lugares es oficio de los jurisconsultos, para pedir en juicio ó defender causas, lo que pertenece á los abogados y procuradores que defienden los pleitos de otros, para contraer y asegurar los instrumentos, el cual es oficio de los abogados y escribanos, quienes cuando se ha de celebrar algun contrato, hacer un testamento ú otro negocio civil deben instruir á los otros de las seguridades que deben pedir y de las ritualidades que deben observar para no ser engañados, y para que el acto no sea nulo. Finalmente, para juzgar, el cual es oficio de los jueces, que oidas las partes y probados los hechos, es decir, conocida la causa, sentencian segun lo alegado y probado. El que es perito para todos estos casos es un verdadero

jurisconsulto, y como decia Ciceron el oráculo de toda la ciudad.

La primera division del derecho es en público y privado, la cual no se toma del fin, sino del objeto, siendo toda jurisprudencia pública por razon del fin, por estar destinada á la utilidad pública. Mas por razon del objeto, como hemos dicho, se divide muy bien en público y privado, porque es muy distinto el derecho que trata de los negocios públicos, v. gr., de los derechos de los Príncipes acerca de la guerra y de la paz, de las embajadas y de las alianzas, del que dispone de los negocios privados, v. gr., de los contratos, de los testamentos y de los legados. Para que se entienda esto fácilmente daremos las definiciones de ambos derechos. Derecho público es *el que dispone y arregla el estado y derechos de las repúblicas*, es decir, que enseña cuáles sean los derechos de los Príncipes, cuáles los de los súbditos, qué relaciones haya entre unos y otros &c. De suerte que este derecho varía segun las leyes fundamentales de cada república. Derecho privado por el contrario es *aquel que pertenece á la utilidad inmediata de cada uno de los privados*, es decir, á lo tuyo y mio, ó al patrimonio privado de cada uno. Segun esto, si yo, v. gr., intento la accion de hurto para que se me pague el duplo ó cuadruplo, será derecho privado, porque aqui pertenece al patrimonio de un particular. Pero si un procurador del público persigue á un ladron para que se le ahorque, esta persecucion será de derecho público, porque aqui no se trata de tuyo y mio, sino de la seguridad de la república, á la que interesa mucho quitar de enmedio á los ladrones.

Se divide tambien el derecho en natural, de gentes y civil; pero de esta division trataremos en el siguiente título.

TÍTULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DE GENTES Y CIVIL.

Aunque la palabra derecho se toma de varios modos, en este título, segun dijimos ya, no significa otra cosa que el conjunto de todas las leyes de un género. De aqui, pues, nace la segunda division. Todo derecho es, ó divino, ó humano. Divino es el que comprende todas las leyes establecidas por Dios: humano el que nos presenta todas las leyes impuestas por los hombres; porque si, segun hemos dicho, tal es el derecho cuales son las leyes de que se compone, necesariamente se sigue que de las leyes divinas nazca el derecho divino, y de las humanas el derecho humano.

El derecho divino se subdivide en natural y positivo. Dios es un legislador supremo: todo legislador no solo ordena las leyes, sino que tambien las promulga, porque no hay ley que pueda obligar sin promulgacion. Dios, pues, como legislador supremo ha promulgado sus leyes para que los hombres las puedan saber. Esta promulgacion la ha hecho, ó por medio de la recta razon, para que si el hombre quiere raciocinar consigo mismo pueda al instante conocer lo justo, ó por medio de la revelacion, que es la Escritura Sagrada, para que leyéndola venga en conocimiento de su voluntad. El derecho que se conoce por la recta razon se llama *natural*, y *positivo* el que por sola la revelacion ó Escritura nos es manifiesto, v. gr., la razon sola nos enseña que el homicidio es ilícito: luego es prohibido por el derecho natural. Mas solo valiéndonos de la recta razon no conocemos que los hombres deben recibir el bautismo: luego es de derecho divino positivo.

Veamos ahora cómo se define el derecho natural. Desde que se ha cultivado el estudio de este derecho tan importante han advertido los autores que su definicion solo

se debe tomar de su autor y de su promulgacion. Mas como el autor de este derecho es Dios, y la promulgacion se hace por medio de la recta razon, se puede definir muy bien diciendo que es *un conjunto de leyes promulgadas por el mismo Dios á todo el género humano por medio de la recta razon.* Casi en los mismos términos se espresa el Apóstol cuando dice que la ley natural está escrita en los corazones aun de los mismos gentiles (1). Se dice este derecho escrito en los corazones, porque valiéndose de la recta razon, al punto es conocido de cualquiera, siempre que quiera usar de ella. Por la definicion dada inferimos ser falsa la opinion de Grocio, y otros que dicen habria derecho natural aun cuando supongamos el imposible de que no hubiera Dios; porque siendo el derecho un conjunto de leyes, no habiendo ley alguna no habria derecho. Mas no habria ley alguna no habiendo legislador; y faltaria el legislador no habiendo Dios: luego en este supuesto faltaria el derecho natural. Es verdad que un ateo, aun negando que exista Dios, podria vivir conforme á los preceptos del derecho natural; pero entonces no lo haria por obedecer al derecho, sino por su propia utilidad, porque es fácil conocer que de otra suerte no se puede vivir en la sociedad humana. De la misma definicion deducimos tambien que el derecho natural es inmutable, porque asi la voluntad de Dios, de donde dimana, como la razon, por cuyo medio se promulga, son inmutables. Si se mudase, pues, el derecho natural, ó Dios no seria ya Dios, ó se volveria contrario á la razon lo que antes era conforme á ella, y esto es absurdo. Concluyamos, pues, que el derecho natural es inmutable.

Hemos definido ya el derecho natural. El de gentes no es otra cosa *que el mismo derecho natural aplicado á la vida*

(1) Roman. cap. 2. v. 15.

social del hombre, y á los negocios de las sociedades y de las naciones enteras. No son, pues, dos derechos diversos el natural y el de gentes, como han pensado algunos, sino uno mismo, el cual, segun la diversidad de la materia, se llama Derecho natural ó de gentes. Si se aplica á los negocios y causas de los privados se dice derecho natural, y si á los negocios y causas de las sociedades ó de las naciones se dice derecho de gentes: v. gr., es regla del derecho natural que los pactos se deben guardar: supongamos, pues, que Ticio prometió á Mevio cien pesos, y que rehusa entregárselos; diremos que viola el derecho natural; pero si fingimos que habiendo hecho alianza los españoles y los franceses, esta nacion no ha cumplido las leyes del pacto á que se obligó, diremos que obra contra el derecho de gentes, no obstante que sola la recta razon es la que manda cumplir los pactos. Es verdad que se encuentran algunos puntos que los autores quieren llamar de derecho de gentes secundario; pero todos ellos, ó se pueden reducir al derecho natural, y entonces son verdaderamente derecho de gentes, ó nó; y en tal caso serán de derecho civil. Quede, pues, establecido que no hay derecho de gentes diverso del natural.

Volvamos á la division hecha arriba. El derecho dijimos que era ó divino ó humano; y el divino, ó natural ó positivo. Del natural hemos hablado hasta aqui: síguese ahora el positivo. El derecho divino positivo es aquel que ha sido promulgado por las sagradas letras, y que no se conoce por sola la recta razon. Aunque uno y otro dimana de Dios, se diferencian en mucho. Lo primero en que el natural es promulgado por la recta razon, y el divino por las sagradas letras. El natural es absolutamente necesario, y de tal suerte unido con la recta razon, que por ella sola es conocido aun de los gentiles. El divino depende de la libre voluntad de Dios, de suerte que de muchos puntos de él ignorariamos la justicia si la Sagrada Escritura no nos

la declarára, v. gr., todos los preceptos que Dios habia impuesto á los israelitas sobre la circuncision, sobre los sacrificios y sobre la comida de animales impuros, eran de derecho divino, pero no de absoluta necesidad, ni la razon hubiera podido dictar á los judíos que era malo comer carne de puerco, v. gr., si la Sagrada Escritura no lo dijese.

Pasemos al derecho humano, que es aquel que ha dimanado de la voluntad de los hombres. Se divide en canónico y civil. Canónico es el que se ha establecido por los Sumos Pontífices y por los Concilios para el gobierno de la Iglesia. Civil es el que han constituido por sí ó por sus gefes cada uno de los pueblos absolutos é independientes para conseguir los fines de la sociedad. Se diferencia del derecho natural y de gentes en que éste no es propio de solo una nacion ó república, sino que es comun á todo el género humano. Cada nacion manda ó prohibe muchas cosas, que en sí no son torpes ni honestas; pero comienzan á ser justas desde que son establecidas, por exigirlo asi la utilidad de la republica, v. gr., cazar las fieras en el monte no es injusto, y puede esto ser prohibido por el derecho civil de alguna nacion, permitiéndolo otras.

El derecho civil se divide en escrito y no escrito. Derecho escrito es, no precisamente aquel que está reducido á letras, sino el que ha sido promulgado; y no escrito el que no lo ha sido. Segun este modo de espresarse, todo derecho establecido por voluntad espresa del legislador y promulgado, ya sea por medio de escritura, ó por voz de pregonero, ó de otro cualquier modo, se llama derecho escrito, ya sea reducido á letras ó no. El derecho de los Lacedemonios, por ejemplo, era derecho escrito, aunque nunca se escribieron las leyes de Licurgo. Por el contrario, aquel derecho que se introduce con un consentimiento tácito de las supremas potestades, y sin preceder promulga-

cion se usa en la república, se llama derecho no escrito, aunque despues se reduzca á escritura.

Entre nosotros no hay mas que una especie de derecho escrito, que es la ley. Esta es *un precepto general de la potestad suprema intimado á los súbditos para que arreglen sus acciones á él* (1). No hay, pues, en España como entre los romanos diversidad en cuanto al orígen de las leyes, por dimanar todas de la voluntad del Príncipe, sino solo en cuanto al fin y modo de espedirlas, de donde ha provenido que se la den distintos nombres. Unas veces se llama la ley que se nos promulga pragmática sancion, otras real cédula, real resolucion, real decreto, carta circular, otras, finalmente, real órden, y aun tambien auto acordado. A todos estos nombres con que dimanan las disposiciones del Príncipe se les da su peculiar descripcion, pero no exacta en todos casos, por confundirse unas con otras. Pragmática sancion es *una real determinacion que se promulga para que tenga fuerza de ley general, y en ella se reforma algun esceso, abuso ó daño introducido ó esperimentado en la república, y se inserta en el cuerpo del derecho*, v. gr., la de 12 de Marzo de 1771, en la que para evitar la desercion que hacen los presidarios á los moros, se señalan los presidios que se deben destinar, y que el tiempo de la condena no esceda de diez años (2). Real cédula *es un despacho del Rey, espedido por alguno de los Consejos, en el cual se toma alguna providencia de motu propio, ó se provee algo á peticion de parte*. Su cabeza es, *EL REY*, sin espresion de mas dictados: se firma con la estampilla de S. M.: el secretario del Consejo á quien pertenece pone la refrendata, se rubrica por algunos ministros, y por lo regular se entrega á la parte. Tal es la de 7 de mayo de 1740, en la que se dispone que la Audiencia en despachos ó exhor-

(1) Ley 4. tít. 1. Part. 1.

(2) L. 7. tít. 40. lib. 12. de la Nov. Recop.

tos para obispos no use de la palabra *estraño*, por ser poco decorosa á su alta dignidad. No se pone ejemplo de las cédulas en que se conceden gracias por ser muy conocidas. Real resolucion *es la determinacion que el Rey toma en algun caso que se le propone*, como lo es la de 10 de Abril de 1756, por la que se declaran las salas en que se deben ver los pleitos de fuerzas y otros. Este nombre de real resolucion es genérico, y puede convenir á toda determinacion que el Rey tome. Real decreto *es una órden del Rey que se estiende en las secretarías del despacho, y la rubrica S. M. para participar sus resoluciones á los tribunales de dentro de la corte, á los gefes de las casas reales, ó á algunos ministros*, v. gr., el de 7 de Octubre de 1796, declarando la guerra al reino de Inglaterra, que se dirigió al gobernador del Consejo. Cédula, carta ú órden circular *es cualesquiera disposicion que se espide para que circule en toda una provincia, ó en muchas.* Real órden *es toda disposicion que comunica alguno de los ministros del Rey por su mandado.*

Autos acordados son las leyes que con acuerdo del Rey establece el supremo Consejo, tanto de Castilla como de Indias; de suerte que la fuerza que tienen los autos acordados la toman de la aprobacion del Rey. Estas son las especies de derecho escrito que conocemos con el nombre general de ley, las cuales, segun hemos dicho ya, no se distinguen unas de otras en cuanto al orígen, sino solo en las circunstancias que hemos individualizado.

Los estatutos y ordenanzas, ó constituciones que establece un concejo, junta ó colegio para su mejor gobierno, nó tienen valor ni obligan hasta obtener la aprobacion real (1). Los magistrados públicos, los gobernadores de las provincias y otras justicias tienen facultad de estender y

(1) L. 8. y 13. tít. 1. lib. 7. Rec.

publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que estan á su cargo. Usan de esta facultad, ya para poner en ejecucion alguna providencia del Rey, ya para hacer observar las leyes que no estan en uso, ó ya para corregir algun abuso introducido contra las leyes (1). Y está mandado que cualquiera ley ó providencia general no se deba creer ni usar no estando intimada ó publicada por pragmática, cédula, provision, decreto, resolucion, real órden, auto acordado, edicto, pregon, ó bando de las justicias ó magistrados públicos. El que sin preceder estos requisitos se abrogase la facultad de poner en ejecucion, ó anunciar de autoridad propia, algunas leyes, ó fingirlas de palabra ó por escrito, ó en otra cualquiera forma, debe ser castigado como reo de estado (2).

Esto es cuanto hay que decir del derecho escrito. El no escrito hemos dicho que es aquel que por el uso se introduce sin promulgacion y recibe su autoridad del consentimiento tácito de la suprema potestad (3). Para inteligencia de esta difinicion se debe observar que la única causa del derecho en la república es la voluntad del sumo Imperante, ya sea éste el Príncipe, ó el Senado de los grandes, ó el pueblo. Si el sumo Imperante manda algo espresamente estableciéndolo por ley, se llama *derecho escrito*. Si concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república que se ha comenzado á usar, se llama *derecho no escrito.*

De lo dicho venimos en conocimiento de cuatro doctrinas acerca de la costumbre. 1.ª Que la costumbre se debe probar y no la ley, porque ésta mediante la promulgacion vino á noticia de todos, y aquella tácitamente se introdujo; y como esta introduccion es de hecho, se debe pro-

(1) Arg. de la l. 3. tít. 1. lib. 2. Rec.
(2) Auto acordado de 1.° de Abril de 1767.
(3) Leyes 4. y 6. tít. 2. Part. 1.

bar. Los medios para verificarlo son el tiempo de diez años por lo menos, y la continuacion de actos uniformes (1). 2.ª Que la costumbre tiene la misma fuerza que la ley, porque su autoridad la toma del mismo legislador, y es indiferente el que quiera que una cosa se haga espresa ó tácitamente (2). 3.ª Que la costumbre deroga la ley anterior, por ser lo mismo que otra ley; y es constante que la ley posterior deroga á la anterior (3). 4.ª Que la costumbre opuesta á la recta razon, ó á las leyes divinas, es de ningun momento, porque en esto no puede consentir tácita ni espresamente la suprema potestad (4).

Los objetos del derecho son tres: las personas, las cosas y las acciones. Primeramente se debe saber cómo se diferencian las personas por razon de sus derechos, v. gr., los señores y los siervos, los padres y los hijos, los tutores y los pupilos: despues cuáles son los derechos de las cosas; y últimamente con qué acciones puede cada uno perseguir su derecho.

TÍTULO III.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

Estas palabras *hombre* y *persona*, gramaticalmente son sinónimas, pero jurídicamente se diferencian mucho. La palabra hombre es de mayor estension que la palabra persona; porque toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona. Hombre es todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano; y persona es el hombre considerado con algun estado. En este supuesto el que no tiene estado alguno no es persona. En esta materia parece que

(1) Leyes 5. y 6. tít. 2. Part. 1.
(2) Las mismas leyes, y la 238. de Estilo.
(3) Dichas leyes.
(4) Véase el tít. 2. de la Part. 1.

los jurisconsultos han querido seguir á los cómicos. Porque asi como para estos no todo hombre que sirve, ó contribuye á la comedia, es persona, sino solamente aquel que representa á otro hombre, v. gr., á un Rey, á un viejo, á un lacayo &c., asi para los jurisconsultos aquel solamente es persona que hace en la república el papel ó de padre de familia, ó de ciudadano, ó de hombre libre, es decir, el que tiene algun *estado*.

Por estado entendemos una calidad ó circunstancia, por razon de la cual los hombres usan de distinto derecho (1); porque de un derecho usa el hombre libre, de otro el siervo, de uno el ciudadano y de otro el peregrino; de ahi nace que la libertad y la ciudad se llaman *estados*. Tambien se llama el estado en derecho con el nombre de *cabeza*, y por esta razon se dice que el siervo no la tiene, y que se le ha disminuido ó quitado al que perdió el estado de libertad, de ciudad ó de familia.

El estado es de dos maneras: natural ó civil. Estado natural es aquel que dimana de la misma naturaleza, v. gr., que unos sean nacidos, otros por nacer, unos varones y otros hembras; unos mayores de veinte y cinco años, y otros menores. Civil es el que trae su orígen del derecho civil, v. gr., la diferencia entre hombres libres y siervos, entre ciudadanos y peregrinos, entre padres é hijos de familia. Es, pues, de tres maneras el estado civil: de libertad, segun el cual unos son libres y otros siervos: de ciudad, segun el cual unos son ciudadanos y otros peregrinos; y finalmente de familia, segun el cual unos son padres y otros hijos de familia (2). Con lo dicho se entiende fácilmente este axioma: cualquiera que no goza de ninguno de estos tres estados no es persona, aunque sea hombre. Tenemos un ejemplo claro en el siervo. Este es hom-

(1) Princ. y ley 1. tít. 23. Part. 4.
(2) Dicha l. 1. tít. 23. Part. 4.

bre, pero no persona. Es hombre porque tiene alma racional unida á un cuerpo humano, y asi, atendido el estado natural, le llamaremos persona; pero no lo es en cuanto al estado civil, porque no es *libre*, ni *ciudadano*, ni *padre de familia*. De ahi es que por derecho no tiene cabeza, y puede ser vendido, legado y donado, como cualquiera de las otras cosas que estan en nuestro patrimonio.

Esplicada ya la division de los estados, pasaremos á tratar de cada uno de ellos separadamente.

§. I.

Del estado de libertad.

Las personas tomadas no civil, sino naturalmente, ó son hombres libres ó siervos (1). Libres son todos aquellos que no estan en servidumbre justa, porque si alguno sirve injustamente, v. gr., robado por un plagiario, éste en realidad está en servidumbre, pero no es siervo, sino hombre libre. Siervos son los que sirven á otro con justa causa, como las que referiremos despues: ingénuos son los que nunca han estado en servidumbre, por haber sido libres desde el instante de su nacimiento. Libertinos son los que han sido manumitidos de una servidumbre justa. Unos y otros son libres; pero los ingénuos tienen la ventaja de carecer de la nota de la esclavitud pasada, que sirve de desdoro á los libertinos.

Siendo libres los hombres por la libertad de que gozan, ó siervos por la servidumbre á que estan sujetos, veamos qué es libertad y qué servidumbre. Libertad en derecho es *una facultad natural que tiene el hombre para hacer lo que quiera, si no es que se lo impida alguna violencia, ó se lo prohiba el derecho.* Esplicaremos esta definicion por

(1) Princip. y l. 1. tít. 23. Part. 4.

partes. Se dice que la libertad es una *facultad natural*, porque por la naturaleza todos los hombres son libres, y asi la diferencia que ahora se advierte entre libres y siervos fue introducida por las leyes civiles: se dice que es una facultad *para hacer el hombre lo que quiera*, porque la libertad consiste en que no estemos obligados á hacer ú omitir nuestras acciones á arbitrio de otro, sino que conforme al nuestro podamos obrar ó no obrar, ó verificarlo de este ó del otro modo. Finalmente, se añade *si no es que intervenga violencia ó prohibicion del derecho*, porque el que padece violencia queda privado de libertad para aquel caso; y todos los que viven en sociedad civil renuncian una parte de su libertad, obligándose á omitir todo lo que prohiben las leyes. La servidumbre por el contrario es *un establecimiento del derecho de gentes, por el cual el hombre se sujeta al dominio de otro contra la libertad natural.* Se coloca la servidumbre entre las disposiciones del derecho de gentes, porque, como hemos dicho ya, por derecho natural todos los hombres son libres; pero la necesidad obligó en las sociedades que son gobernadas por el derecho de gentes á reducir á muchos á servidumbre, porque usaban de su libertad en perjuicio de la misma sociedad. Decimos en la definicion que el hombre en fuerza de ella se sujeta al dominio de otro, en atencion á que la esencia de la servidumbre consiste en que el hombre esté en dominio como cosa, y que por consiguiente pueda ser vendido, legado, donado &c. Todo esto se verifica contra aquella natural libertad en que el hombre fue criado; mas no contra el derecho natural, que se llama preceptivo, por no haber precepto alguno que mande que todos los hombres se conserven libres. A mas de esto se infiere claramente que la servidumbre no repugna á la razon y derecho natural, supuesto se halla aprobada en la Sagrada Escritura (1), que no

(1) 1. á los Cor. cap. 7. v. 21. y sig. A los Efes. cap. 6. v. 5.

puede autorizar sino lo que no se opone ó es conforme á los principios de equidad que Dios ha grabado en nuestros corazones. Se puede tambien decir que la servidumbre es contra la naturaleza, en razon de que las personas se vuelven cosas, pues segun hemos dicho, el siervo de la clase de las personas desciende á la de las demas cosas que estan en nuestro patrimonio.

Hemos visto ya qué es libertad y servidumbre. Mas si se pregunta cómo se hace siervo alguno, responderemos que los siervos, segun nuestro derecho, ó nacen, ó se traen venales del Africa y de otras naciones bárbaras. Entre las cultas, que tienen sentimientos de humanidad, está abolido del todo el derecho de servidumbre, como veremos despues. Nacen los siervos de nuestras esclavas, y asi si una sierva ó esclava pare un hijo ó hija, de cualquiera que sea queda reducido á la condicion servil. La razon es clara. Hemos dicho que los siervos son cosas: se sigue, pues, que sus fetos ó producciones deben ser de la misma condicion; porque asi como el feto de una vaca está en dominio por derecho de accesion, de la misma manera el feto de la esclava que sirve debe tambien servir. Estos siervos nacidos de nuestras esclavas se llaman *vernas*. De este mismo derecho usaron los antiguos desde el tiempo de Abrahan, como se colije del cap. 14 del Génesis, en donde se dice que para una espedicion que tuvo que hacer armó trescientos diez y ocho de sus vernas, y partió con ellos en busca de los enemigos. Mas como puede acontecer muchas veces que el verna nazca de un siervo de Ticio y de una esclava de Cayo, se podria dudar de quién de los dos seria la propiedad; pero la regla general establecida en derecho decide que el parto sigue al vientre (1). Y asi como el ternero que fuese procreado del toro de Ticio y de la

(1) Ley 2. tít. 21. Part. 4.

vaca de Cayo seria de éste, asi tambien el verna que procreasen el siervo de Ticio y la esclava de Cayo debe pertenecer al dueño de la esclava, por ser una accesion de su cosa.

De este modo nacen los siervos. Se hacian antiguamente, aunque hubiesen nacido libres, ó por derecho de gentes, ó por derecho civil. Por derecho de gentes, por la cautividad, siendo constante que todos aquellos que eran tomados por los enemigos en campo de batalla, ó fuera de él, en tiempo de guerra, lo fuesen (1). Para este establecimiento raciocinaban asi los antiguos: podemos matar á los enemigos, luego podemos reducirlos á servidumbre, y aun será un gran beneficio conservar la vida á aquellos á quienes justamente podiamos quitarla (*). De aqui, pues, trajo su orígen el nombre de siervos que dieron los romanos á los cautivos tomados en la guerra, porque se reservaban de la muerte para la esclavitud (2). Pero esta costumbre cruel ya se ha olvidado entre las naciones, y solo subsiste en aquellas cuya bárbara índole no las deja conocer los suaves derechos de la humanidad. Tales son los turcos y africanos, que por muchos siglos infestaron nuestras costas solo con el fin de hacer cautivos. Para vengar de alguna manera estos agravios concedieron nuestras leyes el uso de las represalias, mandando que fuesen esclavos los que cayesen en nuestro poder (3).

(1) Ley 1. tít. 29. Part. 2.

(*) Y proseguian raciocinando asi: puesto que los hemos hecho siervos han dejado de ser personas; son ya cosas que pertenecen á nuestro dominio, y por consiguiente podemos disponer de ellas á nuestro antojo, podemos destruirlas, luego podemos matar á nuestros siervos. El orígen único de la servidumbre es el haberles conservado la vida, y la consecuencia de esta servidumbre es el derecho de quitársela. ¡ Peregrino modo de raciocinar, y ciertamente muy humano!

(2) L. 1. tít. 21. Part. 4.

(3) L. 1. tít. 29. Part. 2., y 1. tít. 21. Part. 4.

Mas ahora, habiéndose celebrado diversos tratados de paz y comercio por el señor don Cárlos III con el Emperador de Marruecos y con el gran Sultan Mustafá IV y sus dependientes los Reyes de Barca, Túnez y Argél, ha quedado abolido el derecho de hacer esclavos que tenian los turcos y demas Regencias berberiscas, y por consiguiente el uso de retorsion (1). En virtud de estos tratados, asi las naciones bárbaras como todas las cultas de Europa y fuera de ella, no observan tratar á los enemigos tomados en la guerra como cautivos, sino como prisioneros ó detenidos en depósito hasta su conclusion (2). Despues de esta se suelen dar en cange ó trueque por otros de igual calidad, ó por algun equivalente, en especial siendo oficiales de graduacion.

En América tampoco se pueden hacer cautivos, ni usar de retorsion con los indios, ni en guerra justa hecha por los españoles ó por ellos mismos, ni por cualquiera otro título, por justo que parezca; y aunque algunas veces se permitió fuesen hechos cautivos algunos indios sediciosos y rebeldes para facilitar su reduccion (3), se abolieron despues estas disposiciones, mandando que con ningun pretesto ó motivo puedan quedar por esclavos, ni venderse por tales, los que se aprehendieren en guerra ó fuera de ella (4).

Por derecho civil se hallan varios modos de hacerse los hombres libres siervos en pena de sus delitos. Las leyes de Partida establecen algunos, que aunque en el dia no estan en uso, conviene no ignorarlos. El primero es del ma-

(1) Reales cédulas de 28 de Noviembre de 1784, de 29 de Setiembre de 1786, y de 29 de Agosto de 1791, en que se hallan insertos los tratados.

(2) Véanse los tratados ajustados con Francia y con los Estados-Unidos de América en las cédulas de 4 de Setiembre y de 18 de Noviembre de 1796.

(3) L. 13. tít. 2. lib. 6. Rec. de Ind.

(4) L. 16. tít. 2. lib. 6. Rec. de Ind.

yor de veinte años, que se vende con el fin de participar del precio y defraudar al comprador. En este caso establece la ley que quede siervo, verificándose cinco condiciones. 1.ª Que él mismo consienta de su voluntad ser vendido. 2.ª Que participe del precio. 3.ª Que sepa que es libre. 4.ª Que el que lo compra crea que es siervo. 5.ª Que el que se hace vender sea mayor de veinte años (1). El segundo modo tiene lugar en el liberto que es ingrato para con el señor de quien recibió la libertad, por cuyo motivo puede ser reducido á su antigua servidumbre (2). Esta ingratitud puede ser de dos maneras: una que llaman simple, y se verifica no correspondiendo con beneficios á aquel de quien se recibieron, y otra grave, retornando con injurias y daño grave al bienhechor. Los libertos pueden ser vueltos á la servidumbre, no por una ingratitud simple, sino por la grave (3).

Asimismo las mugeres libres que contraen matrimonio con los clérigos de órden sacro deben ser hechas esclavas de aquella Iglesia de que es dependiente el clérigo con los hijos que hubieren tenido (4). Finalmente, tienen la pena de ser reducidos á servidumbre los que dan ayuda ó consejo á los moros, que son enemigos de la Fé Católica, vendiéndoles armas, naves ó víveres (5).

Pero todos estos modos, inventados por el derecho civil, ó nunca han estado en uso, ó han quedado abolidos por costumbre contraria (*). De suerte que no subsiste modo alguno de reducir á los hombres á servidumbre; y asi

(1) L. 1. tít. 21. Part. 4.

(2) Ll. 9. tít. 22. Part. 4., y 18. tít. 1. Part. 6.

(3) Dichas leyes.

(4) Ll. 41. tít. 6. Part. 1., y 3. tít. 21. Part. 4.

(5) Ll. 28. tít. 9. Part. 1., 31. tít. 26. Part. 2., y 4. tít. 21. Part. 4.

(*) Asi lo afirman los adicionadores de Vinnio hablando de estos modos de hacer siervos. *Licet omnes ferè hi constituendæ servitutis modi in Partitarum legibus descripti sint, abborrent tamen à moribus*

los esclavos que se hallan tanto en España como en América no son habidos por título de reduccion á esclavitud conforme á nuestro derecho, sino solamente por compra y venta, ó por el parto de las esclavas (1).

Todos los que ven la servidumbre con ojos ilustrados por la recta razon la reputan por una cosa dura y muy poco conforme á la humanidad. En fuerza de estos sentimientos se fue disminuyendo, y aun se hubiera esterminado del todo, el uso de reducir á los hombres al dominio absoluto de sus semejantes, si no lo hubieran restablecido primeramente los portugueses, y despues otras naciones, á fines del siglo XV. Al descubrir las costas de Africa dieron con una multitud de reinos bárbaros, como Guinea, Nigricia, Etiopía, Congo, y otras vastas provincias habitadas por gentes toscas y salvages, dominadas por Reyes déspotas. En este mismo tiempo descubrieron la isla de Santo Tomás, de San Mateo de Lovando, y otras que hacian frente á aquellas costas. Valiéndose de esta oportunidad entablaron comercio en ellas, dando paños, hierro, cascabeles, aretes y otras bugerías por oro, plata, y principalmente por esclavos, que les proporcionaron los mismos naturales, como género muy abundante entre ellos. La principal causa de haber tantos hombres destinados á ser vendidos en estos paises bárbaros es el derecho de guerra. Estas son frecuentes entre los Reyes de aquellos dominios, en que acostumbran los vencedores vender por esclavos á los vencidos. A esto se añade que la mayor parte de los delitos se castigan con la esclavitud, como una pena lucrosa para el fisco, no habiendo cárceles ni prisiones sino para

nostris. In debitores obæratos, leges 4. et seq. tit. 5. lib. 6. Rec. creditoribus tribuunt potestatem dominicæ non absimilem; sed nostri sæculi humanitas hisce legibus non utitur. §. 4. n. 2. tít. 3. Inst. de jure personarum.

(1) Arg. de la ley 6. tít. 5. lib. 7. de la Rec. de Ind.

custodiarlos mientras se efectúa la venta. Los ingleses, dinamarqueses y holandeses han continuado en este comercio, como el mas ventajoso entre los que ejercitan. Comprados en las costas del Africa, pasan á venderlos á los reinos de la Europa, y con mucha frecuencia á América (1).

Estos negros esclavos estan constituidos entre nosotros en justa servidumbre, en virtud del contrato de compra y venta, y de la buena fé con que son recibidos. Ni se puede objetar que no sea legítima en el principio su adquisicion, y por consiguiente viciosa la compra y venta, pues no sin fundamento se cree ser la mayor parte de ellos siervos por derecho de gentes, ó por otros modos aprobados por sus respectivos Soberanos; por lo que, segun el Sr. Solórzano, se puede continuar en su posesion sin escrúpulo (*).

Hemos visto ya cuanto pertenece al estado de libertad: síguese ahora tratar del de ciudad, que es una subdivision de los hombres libres.

(1) Asi se infiere de las leyes 2. tít. 17. todo el tít. 18. lib. 8., y ley 45. tít. 2., y 133. cap. 24. tít. 15. lib. 9. de la Rec. de Ind.

(*) El Sr. Solórzano, probando la libertad de los indios, y que por ningun título pueden ser hechos esclavos, dice asi: "á lo dicho no contradice la práctica que vemos tan asentada é introducida de los esclavos negros que traen de Guinea, Cabo Verde y otras provincias y rios, y pasan por tales sin escrúpulo en España y en las Indias. Porque en esto vamos de buena fé de que ellos se venden por su voluntad, ó tienen justas guerras entre sí, en que se cautivan unos á otros; y estos cautivos los venden despues á los portugueses, que nos los traen, que ellos llaman *pombeiros* ó tangomanos, como lo dicen Navarro, Molina, Rebelo, Mercado y otros antores; concluyendo finalmente que todavia tienen por harto peligrosa, cenagosa y escrupulosa esta contratacion por los fraudes que en ella de ordinario se suelen cometer y cometen; pero que estas no les toca á losparticulares averiguarlas." Solórzano Polít. Ind. lib. 2. cap. 1. núm. 26.

§. II.

Del estado de ciudad.

El estado de ciudad es aquel por el cual los hombres son, ó ciudadanos naturales, ó peregrinos y estrangeros. Por naturaleza entendemos una inclinacian que reconocen entre sí los hombres que nacen ó viven en una misma tierra y bajo un mismo gobierno (1). Esto proviene de que la naturaleza ha infundido amor y voluntad, y ha enlazado con un estrecho vínculo de cierta inclinacion á aquellos que nacen en una misma tierra ó pais, á semejanza de los que proceden de una familia, que se aman con especialidad, y procuran su bien con preferencia á los estraños. Asi, pues, aquellos que se miran con los respetos de traer su orígen de una misma nacion se llaman *naturales*, y fuera de esto los demas son *estrangeros*. Esta consideracion tiene tanta fuerza, que hace imitar perfectamente á la naturaleza, pues asi como esta admite en el gremio de parientes á los estraños que se hacen adoptivos, asi tambien aquella abriga en su seno á los estrangeros que legítimamente se domicilian. En nuestra España todos los domiciliados se comprenden bajo la denominacion de españoles, pero sin olvidar que unos son *naturales* y otros *naturalizados*. Naturales son aquellos que fueren nacidos en estos reinos de padres que ambos á dos, ó á lo menos el padre sea nacido en España, ó aun cuando no, se haya naturalizado en alguno de los lugares de su dominacion de cualquiera de las maneras que se dirán despues. Es tambien natural de España el hijo nacido en otros reinos estando sus padres en servicio del Rey, ó de pasageros sin contraer domicilio. Lo es asimismo el hijo natural de padre

(1) L. 1. tít. 24. Part. 4.

español habido en otro pais con estrangera ó natural concubina, y cualquiera otro ilegítimo habido por un estrangero con alguna natural de estos reinos, dentro ó fuera de España (1).

Para que los estrangeros que han contraido domicilio se tengan por naturalizados en España es suficiente que moren diez años con casa poblada siendo solteros; pero siendo casados con natural les basta seis, aunque no sean oficiales ni laborantes (2). Mas para serlo en América, para el efecto solamente de tratar y contratar, es menester que haya vivido en los reinos de la Península ó en las Indias por tiempo de veinte años contínuos, y los diez de ellos teniendo casa y bienes raices, y estando casados con natural ó hija de estrangero nacida en España ó en las Indias. Para usar de esta gracia debe préviamente declararse por el Consejo Real que han cumplido con los requisitos que se han dicho, precediendo informacion, con citacion del fiscal, ante las Audiencias ó jueces superiores del partido. Concedida la carta de naturaleza para que el estrangero pueda libremente tratar y contratar, dentro de treinta dias habrá de hacer inventario de sus bienes, y presentarlo ante la justicia, para hacer constar que tiene bienes raices en valor de cuatro mil ducados constantes por instrumentos públicos.

A mas de estos modos esplicados de adquirir naturaleza hay otros que espresa un auto acordado (3), que individualizando quiénes deben considerarse vecinos, dice que lo son: 1.º Cualquier estrangero que tiene privilegio de naturaleza. 2.º El que nace en estos reinos. 3.º El que en ellos se convierte á nuestra Santa Fé Católica. 4.º El que

(1) Ll. 7. tít. 29. Part. 2., y 19. tít. 3. lib. 1. Rec.
(2) L. 66. cap. 5. al fin. tít. 4. lib. 2. Rec.
(3) Aut. Acord. 22. tít. 4. lib. 6. Rec.

viviendo sobre sí establece su domicilio. 5.° El que pide y obtiene vecindad en algun pueblo. 6.° El que se casa con muger natural y habita domiciliado en ellos; y la muger, si no es natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio del marido. 7.° El que se arraiga comprando bienes raices y posesiones. 8.° El que siendo oficial viene á morar y ejercer algun oficio mecánico. 9.° O tiene tienda en que vender por menor. 10. El que obtiene oficios de concejos públicos honoríficos, ó cargos de cualquiera género, que solo los pueden tener los naturales. 11. El que goza de los pastos y comodidades que son propias de los vecinos. 12. El que mora diez años con casa poblada en estos reinos. 13. El que contribuye como los demas vasallos á S. M.

Los estrangeros, despues de haber sido domiciliados en España, y adquirido la naturalidad de alguno de los modos referidos, gozan de todas las comodidades y exenciones de los naturales (*), y se hacen capaces de los empleos y puestos publicos, como no sean cargos ni oficios que tengan aneja administracion de justicia, como corregidores, gobernadores, alcaldes mayores, ni otros de gobierno (1). Tampoco pueden obtener prelacías, canongías, ni otros beneficios eclesiásticos, ni pensiones sobre ellos, por deber conferirse estos precisamente á los naturales (2). Asimismo en la América ninguno puede ser presentado para beneficio ú oficio eclesiástico, no siendo natural de España

(*) Y aun de algunas franquicias mas, como son ser libres para siempre de la moneda forera, y por tiempo de seis años de las alcabalas y servicio ordinario y estraordinario, y asimismo de las cargas concejiles en el lugar donde vivieren. Pero como estas gracias tienen el objeto de aumentar la industria nacional y perfeccionar las artes, solo se conceden á los estrangeros útiles que quieran venir á España á ejercer sus oficios y labores. Real cédula de 20 de Julio de 1791.

(1) L. 66. cap. 5. tít. 4. lib. 2. Rec.

(2) Ll. 14. 15. 17. 18. 19. y 25. tít. 3. lib. 1. Rec.

ó de la misma América, si no es que obtenga del Rey carta de naturaleza para este efecto (1).

Otra division de los hombres libres, y que gozan de los derechos de ciudadanos, es en nobles y plebeyos (2). La nobleza, que es la que constituye á los nobles, consiste en un conjunto de privilegios de distincion y honor, concedidos á algunas personas en atencion al mérito que han contraido en la sociedad, ó ellas mismas, ó sus ascendientes (3). Se divide en nobleza por linage, por saber y por bondad de acciones (4). En la nobleza por linage se incluye la solariega, que tienen los poseedores de territorio ó solar con casa en él, y la titulada, que es la de los duques, condes, marqueses é infanzones (5). En la que se concede por saber, los doctores y maestros de las universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares (6). Y en la nobleza adquirida por buenas acciones y servicios personales se incluyen los caballeros (7). Plebeyos son todos los demas que ni son nobles, ni gozan de los privilegios de tales, y comunmente se llaman del estado llano.

Tambien se dividen los hombres libres en eclesiásticos y legos (8). Los eclesiásticos, que son los que componen el estado gerárquico de la Iglesia, ó son clérigos seculares ó regulares (9); y legos son los que no han recibido la prima tonsura por lo menos.

(1) L. 31. tít. 6. lib. 1. Rec. de Ind.
(2) L. 2. tít. 23. Part. 4.
(3) L. 11. tít. 21. Part. 2.
(4) Dicha ley 2.
(5) L. 11. tít. 1. Part. 2.
(6) Ll. 2. tít. 21., y 8. tít. 31. Part. 2. Leyes 8. y 9. tít. 7. lib. 1. Rec.
(7) Ll. 1. 2. 3. y 4. tít. 21. Part. 2.
(8) L. 2. tít. 23. Part. 4.
(9) Ll. 1. tít. 6., y 1. tít. 7. Part. 1.

§. III.

Del estado de familia.

Segun este estado se dividen los hombres en padres, é hijos de familia que estan bajo la potestad de aquellos; pero esta division la trataremos oportunamente en el título IX.

TÍTULO IV.

DE LOS INGÉNUOS

La etimología de este nombre se toma de la palabra latina *gignendo*. Los ingénuos, pues, por tanto se llaman asi, porque les es ingénita ó innata la libertad, es decir, porque desde el momento en que fueron engendrados ó nacidos fueron libres. Esta es la principal distincion que hay entre ellos y los libertinos, los cuales tambien son libres, pero no desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

Con lo dicho se entiende fácilmente la definicion. *Ingénuo es aquel que es libre desde el instante de su nacimiento* (1). De suerte que para que alguno sea ingénuo se requieren tres cosas. La primera que sea libre, porque el siervo de ninguna manera lo es. La segunda que sea libre desde el instante de su nacimiento; y asi si uno que naciese de una esclava fuese manumitido en el momento mismo del parto no seria ingénuo, sino libertino. La tercera que nunca haya estado en justa servidumbre, porque con un solo instante que hubiese sido siervo, aunque despues recobrase su primera libertad, no seria ingénuo, sino libertino (2).

(1) L. 1. tít. 14. Part. 4.

(2) Arg. de dicha ley 1. tít. 14. Part. 4.

Para poder juzgar acertadamente quiénes son ingénuos es necesario establecer un axioma, del que deduciremos despues varias conclusiones. Tal es el siguiente: *es ingénuo todo aquel que ha nacido de una madre que á lo menos por un momento fue libre, ó al tiempo de la concepcion, ó al del parto, ó en el intermedio* (1). La razon de este axioma es la condicion tan miserable de los siervos, por cuya causa el derecho siempre favorece mas á la libertad que á la servidumbre (2), y asi juzga ingénuo y no siervo al infante cuya madre ha sido libre, al menos un instante, desde la concepcion hasta el parto (3).

Del axioma establecido se deducen varias couclusiones. 1.ª Que es ingénuo el que ha nacido de padres libertinos, porque nunca ha estado en servidumbre. 2.ª Que la manumision no daña á la ingenuidad; y asi si un hombre libre injustamente detenido en servidumbre recobra su libertad, no es libertino, sino ingénuo, pues nunca fue siervo aunque estuvo en servidumbre. 3.ª Que los hijos vendidos por su padre (4), y los adeudados despues de manumitidos, quedaban ingénuos, porque segun nuestro derecho los deudores insolventes y los que hacian cesion de bienes eran entregados á sus acreedores para que les sirviesen (5); pero como no eran siervos, sino que solamente prestaban sus obras como criados mercenarios, asi que acababan de pagar y conseguian su libertad no quedaban libertinos, sino ingénuos. 4.ª Que el nacido de muger libre y de siervo es ingénuo en virtud de que, como dijimos arriba, el parto sigue al vientre. Finalmente, por la misma razon es ingénuo el espúrio nacido de madre ingénua, aunque el padre sea incierto.

(1) L. 2. tít. 21. Part. 4.
(2) Ll. 1. tít. 34. Part. 7., y 22. v. é esto tít. 9. Part. 6.
(3) Dicha ley 2. tít. 21. Part. 4.
(4) L. 9. tít. 17. Part. 4.
(5) Ll. 4. 5. y 7. tít. 16. lib. 5. Rec.

TÍTULO V.

DE LOS LIBERTINOS.

Dijimos arriba al comenzar el tratado de las personas que los hombres libres ó son ingénuos ó libertinos. Habiendo, pues, tratado ya de los ingénuos, se sigue ahora hablar de los libertinos.

Libertino *es aquel que ha sido manumitido de una servidumbre justa y legítima.* Decimos que ha de tener esta condicion, porque ya dejamos asentado que el que fue manumitido de una servidumbre injusta y violenta no seria libertino, sino ingénuo, v. gr., José, manumitido por Faraon, quedó ingénuo, porque habiendo sido vendido injustamente por sus hermanos, no estuvo en una servidumbre legítima (1). Veamos ahora qué es manumision, y cuáles son los modos de manumitir adoptados por nuestro derecho.

Por ella entendemos *el acto de dar de mano.* Por *mano* en derecho se significa la *potestad*; y asi se dice muchas veces que *los hijos estan en la mano de los padres*, esto es, *en su potestad.* Que los siervos pueden ser manumitidos es claro, en el supuesto de que son cosas: luego estan en dominio como las demas; y como este se puede renunciar ó abdicar, es indudable que tambien se puede manumitir.

Segun nuestro derecho, los siervos pueden ser manumitidos de dos maneras, ó por voluntad de su dueño, ó por ministerio de la ley. Por voluntad espresa del señor consiguen la libertad cuando aquel se la da ó á presencia del juez, ó en testamento, ó por carta, por sí mismo ó por personero, ó de cualquiera otro modo que conste la voluntad que tiene de manumitir, aunque no intervenga

(1) Ll. 4. 5. y 6. tít. 16. lib. 5. Rec.

solemnidad alguna. Porque no obstante que las leyes de Partida, fundadas en el derecho de los romanos, establecian que la manumision no pudiese ser hecha por personero, y que habia de verificarse delante de cinco testigos, ó en escritura firmada de otros tantos (1); en el dia ninguna de estas solemnidades se requiere, en virtud de que la ley de Recopilacion (2) manda que valga toda obligacion ó contrato hecho, en cualquiera manera que conste que uno se quiso obligar á otro.

Por voluntad tácita manifestada por los hechos se tiene manumitido el siervo á quien su señor instituye por heredero en su testamento (3), ó deja por tutor de sus hijos, aunque no diga que le concede la libertad (4). Asimismo cuando se casa con su sierva, ó permite que otro hombre libre se case con ella, o una libre con su siervo (5). Lo mismo sucede cuando el siervo recibe órdenes hasta el subdiaconado sabiéndolo el señor y consintiéndolo; porque si los recibe sin su consentimiento ni noticia, puede el señor mantenerlo en servidumbre, si no es que hubiese sido promovido al diaconado o presbiterado, que entonces quedará libre, pero con la obligacion de pagar el precio que valia antes de ser ordenado, o de dar otro siervo que valga tanto como él (6).

Por ministerio de la ley, aun contra la voluntad de su dueño, consiguen los siervos su libertad, unas veces en pena de los delitos del señor, y otras en premio de algunas acciones recomendables. Del primer modo es libre por de-

(1) L. 1. tít. 22. Part. 4.
(2) L. 2. tít. 16. lib. 5. Rec.
(3) L. 3. tít. 3. Part. 6.
(4) L. 7. tít. 16. Part. 6.
(5) L. 5. tít. 22. Part. 4., y 1. tít. 5. Part. 4.
(6) L. 6. tít. 22. Part. 4. Del siervo ordenado de subdiácono se debe decir lo mismo que del diácono. L. 18. tít. 6. Part. 1., que concuer-

recho la sierva prostituida por su señor. Asimismo lo es (1) el siervo espuesto en su infancia, ó abandonado por vejez ó enfermedad (2); aunque en estos casos debe el señor proveerles de todo lo necesario durante el tiempo de la niñez, ó de la vida ó enfermedad (3). En premio es libre el siervo que en campaña hace prisionero ó mata al caudillo contrario, el que descubriere al raptor de una muger vírgen, ó al que fabrica moneda falsa, ó al que desamparó alguna fortaleza que estaba á su cargo, ó al Rey ó capitan en alguna espedicion, y descubriese alguna traicion que se intentase contra el Rey ó contra el reino. Pero en estos casos el Rey, ó el otro señor á quien las descubriese, debe dar á su dueño tanto precio cuanto vale el siervo. Es tambien libre cuando acusa al que dió la muerte á su señor (4), y el siervo de moro ó judía que abandonando la secta que profesaba juntamente con su señor, abrazare la religion cristiana y se bautizare (5).

Por derecho de gentes es libre el esclavo que de los reinos estrangeros se pase á alguna provincia del nuestro, con ánimo de recobrar su libertad, como está decidido por repetidas cédulas y reales órdenes (6).

Finalmente, se juzga tan favorable por nuestro derecho la libertad, que la conseguirá cualquier siervo que por sí ó por otro presente á su señor el justo precio de ella, á cuyo efecto le han proporcionado nuestras leyes algunos medios (7).

dá con el cap. 7. De servis non ordin.

(1) L. 4. tít. 22. Part. 4.

(2) L. 4. tít. 20. Part. 4.

(3) Real cédula de 31 de Mayo de 1789 cap. 6.

(4) L. 3. tít. 22. Part. 4.

(5) L. 8. tít. 21. Part. 4.

(6) Real cédula de 14 de Abril de 1789, y real órden de 25 de Marzo de 1801.

(7) Arg. de la ley 2. tít. 22. Part. 4., y de la real céd. de 31 de Mayo de 1789 cap. 3.

A la manumision son consiguientes varios oficiós entre el liberto y su señor, que llaman derechos de patronato, de los que vamos á tratar, aunque en la mayor parte estan desacostumbrados. El fundamento de todos los derechos de los patronos consiste en cierta especie de paternidad y filiacion que el derecho finge entre el patrono y su liberto (1). La razon es clara: porque asi como el hijo debe á su padre la vida natural, el liberto debe á su patrono la civil. Durante la servidumbre no era mas que una cosa como las otras que estan en el patrimonio, y por la manumision se hizo persona, adquirió cabeza en la república, y recibio el mayor beneficio que se puede hacer á un hombre despues de la vida (2). Los patronos, pues, deben tener para con sus libertos el lugar de padres.

De este fundamento nacen todos los derechos del patrono; porque, como segun hemos dicho, el liberto es á semejanza de hijo para con su patrono, debe á este todo obsequio y reverencia (3); y asi como el hijo no puede presentarse en juicio contra su padre sin impetrar venia del juez, de la misma suerte el liberto contra su patrono. Debe tambien mostrar su agradecimiento, no solo con sus palabras, sino con toda especie de obras oficiosas, ayudándole y cuidando de sus cosas cuando sea necesario; pero no con obras de trabajo á que llaman fabriles, como coserle sus vestidos si es sastre, hacerle zapatos si es zapatero, si no es por convencion especial, ó por mucha pobreza del patrono (4). Sucede *ab intestato* en todos los bienes del liberto, no teniendo hijos, nietos, pádres ni hermanos. Si hace testamento, y no tiene ninguno de los parientes sobredichos, llegando sus bienes al valor de cien maravedís de

(1) Arg. de la ley 8. tít. 22. Part. 4., y en ella Greg. Lopez al n. 4.
(2) Dicha ley 8. tít. 22. Part. 4.
(3) Dicha ley 8. tít. 22. Part. 4.
(4) Dicha ley 8. tít. 22. Part. 4.

oro, debe dejar á su patrono la tercera parte (1).

Estos derechos tienen lugar cuando el señor da libertad á sus siervos gratuitamente por sola su buena voluntad y por hacerles bien; mas si son manumitidos por méritos suyos, ó en pena de los abusos de su señor, no quedan con obligacion alguna para con él (2).

TÍTULO VI Y VII (*).

QUIÉNES NO PUEDEN DAR LIBERTAD Á SUS SIERVOS, Y POR QUÉ CAUSA.

Aunque las leyes han procurado en cuanto es posible favorecer la libertad, facilitando los medios de que la consigan los que carecen de ella, no obstante, se hallan algunos casos en que por justas causas han privado á los señores de la facultad de manumitir á sus siervos, que por principios generales de derecho les compete.

El primer caso se verifica en la manumision hecha en fraude de los acreedores. Acerca de esta disponen las leyes que no valga la libertad dada á sus siervos por aquel que estando cargado de deudas, no teniendo como satisfacerlas

(1) L. 10. tít. 22. Part. 4.
(2) L. 11. tít. 22. Part. 4.
(*) Al tít. 7. nada corresponde por nuestro derecho. En él se deroga la ley llamada Fusia Caninia, que por otros motivos distintos de los que se refieren en el tít. 6. prohibia dar la libertad á los siervos, si no era en cierta proporcion con el número de los que se tenian. Sea lo que fuere de la justicia de los motivos, acerca de la cual estan discordes los autores, lo cierto es que por nuestro derecho no hay mas impedimento para dar libertad á los siervos que el perjuicio que se acosione á los acreedores, ó á los herederos forzosos, en el caso de que las libertades dadas escedan la quinta ó tercera parte de los bienes del testador y perjudique la legítima que les corresponde conforme á derecho. L. 12. tít. 6. lib. 5. Rec.

completamente, y consistiendo su patrimonio ó la mayor parte de él en siervos, los manumitiese con la mira de defraudar á sus acreedores y hacer ilusorio su derecho (1). Los siervos aun en el dia forman en muchas provincias la mayor parte de las riquezas de los propietarios, y como en derecho se reputan por cosas, no es menos rico el que tiene muchos siervos, que el que posee muchas cabezas de ganado, casas y haciendas. Por tanto el que les diese libertad á todos aniquilaria ó disminuiria mucho su patrimonio, con perjuicio irreparable de sus acreedores. Para ocurrir á este inconveniente se han declarado *nulas*, ó de ningun valor y efecto, semejantes manumisiones (2).

Para inteligencia de esta materia es necesario advertir que hay mucha distincion en derecho entre lo que es *nulo* y *rescindible*. Nulo se dice aquello que sin necesidad de intentar accion judicial no produce efecto alguno; v. gr., la enagenacion hecha por un infante. Por el contrario, rescindible se llama lo que en sí es válido y capaz de producir su efecto; pero el juez por justas causas lo irrita ó deshace; v. gr., la enagenacion de las cosas de los menores hecha con consentimiento del curador. Esta es una verdadera y legítima enagenacion, que produce su efecto. No obstante, si aparece despues que el menor ha sido dañado, puede el juez rescindirla, declarando al menor el beneficio de la restitucion. Ahora, pues, no toda enagenacion hecha en fraude de los acreedores es nula, sino que se rescinde por el juez, valiéndose los dañados de la accion pauliana que les compete para recobrar lo que ha sido enagenado en fraude de sus créditos (3). Mas la manumision hecha en fraude de los acrreedores no se rescinde, sino que por el mismo hecho es nula. La razon de esta

(1) L. 24. tít. 3. Part. 6.
(2) Dicha ley 24. tít. 3. Part. 6.
(3) L. 7. tít. 15. Part. 5.

diversidad consiste en que la libertad una vez dada no se puede rescindir ni quitar, por lo que tienen las leyes por mejor declarar que no fue dada. A esto se añade que con la accion pauliana se recobra del poseedor lo que ha sido enagenado (1); mas en la manumision nada se enagena, ni hay quien posea la servidumbre de que ha sido librado el siervo. No habia, pues, otro modo de ocurrir al daño de los acreedores, que estableciendo por regla general que en cuanto al efecto nada hace el que manumite en fraude de ellos.

Resta ahora esplicar qué sea manumitir en fraude de los acreedores. Por *fraude* se entiende todo dolo dirigido á engañar á otro. Pero no todo dolo es malo, sino solamente aquel que tiene por objeto engañar para causar daño, v. gr., cuando uno maliciosamente da á otro una moneda de cobre plateada por corriente. Como aqui se trata de un fraude y de un dolo malo, para que se verifique son necesarias dos condiciones. 1.ª Animo, intencion ó deseo de defraudar á los acreedores, esto es, que sepa el deudor que manumitiendo los siervos no le queda con que pagar, y que no obstante eso proceda á manumitir. 2.ª Que resulte el efecto de no poder satisfacer á los acreedores, manumitidos los siervos (2). Cualquiera de estas dos condiciones que falte hace válida la manumision; y asi, si uno con buena fé da libertad á su siervo, porque se cree tan rico que pueda satisfacer completamente á sus acreedores, aunque efectivamente no alcance, nada ha hecho en fraude suyo, porque faltó el deseo é intencion de defraudarlos. Y si otro, de treinta siervos que tenia, hubiese manumitido tres, quedando con lo suficiente para pagar á sus acreedores, aunque hubiese tenido intencion de defraudarlos, nada hizo en fraude suyo, si estas manumi-

(1) Ley 7. tít. 15. Part. 5.
(2) Ley 24. tít. 5. Part. 6.

siones no produjeron el efecto de que fuesen dañados (1) (*).

Para manumitir á los siervos requerian antiguamente las leyes la edad de veinte años, y habiendo justas causas para la manumision permitian que se hiciese aun á la edad de diez y siete (2). Las causas que se juzgaban suficientes eran varias, y las espresa muy bien la ley de Partida. "Como si á aquel á quien quisiese aforrar fuese su fijo ó su fija que oviese de alguna su sierva, ó si fuese su padre ó su madre, ó su hermano ó su hermana, ó su maestro que le enseñase, ó su amo, ó ama que le criase, ó si fuese con él criado á leche de una muger, ó si fuese tal siervo que oviese librado á su señor de muerte, ó de mala fama, ó si quisiese aforrar á alguno de sus siervos para facerlo procurador para recabdar sus cosas fuera de juicio, habiendo el siervo á lo menos diez y siete años cum-

(1) Ley 24. tít. 3. Part. 6.

(*) Esta nulidad de las manumisiones que hemos esplicado padecia dos escepciones. La primera se ha insinuado ya, y era cuando alguno, juzgándose mas rico de lo que era en la realidad, manumitia con buena fé. Y la segunda cuando no hallando el testador quien quisiese ser su heredero, instituía á un siervo suyo por tal, dándole la libertad aunque fuese con perjuicio de sus acreedores. La razon de esta escepcion era, que entre los romanos se tenia por ignominioso que los bienes de un ciudadano que hubiese muerto insolvente se subastasen por los acreedores en su nombre. Para evitar, pues, este deshonor permitia el derecho que en estos casos pudiese instituir á un siervo por heredero, el cual lo era necesariamente y nada lucraba de la herencia, pues en esta institucion solo habia el objeto de que los bienes no se pregonasen en nombre del difunto para consultar á su fama, sino en el del siervo heredero. Esta preocupacion se supone existente por la ley 24. tít. 3. Part. 6., y por tanto dispone lo mismo que el derecho de los romanos. Pero en el dia no es admisible semejante escepcion, porque no se tiene por ignominiosa la venta de los bienes de ningun difunto. Así vemos frecuentemente que en pública almoneda se subastan las bibliotecas y menages de las casas de los hombres mas ilustres, aun cuando nada deban á otro.

(2) L. 1. tít. 22. Part. 4.

plidos, ó si aforrase su sierva para casar con ella." Probándose por el señor alguna de estas causas delante del juez, aun cuando fuese menor de veinte años, como fuese mayor de diez y siete años podia dar la libertad á sus siervos con consentimiento de su curador (1).

Lo dicho tenia lugar cuando la manumision era hecha en vida, pues si se hacia en testamento bastaba que el señor tuviese la edad de catorce años (2). Pero ahora no estando en uso estas leyes, es muy probable que tanto en testamento como fuera de él puede cualquiera manumitir á la edad de catorce años, y sin que se exija justa causa para ello. Solo sí en los menores de veinte y cinco se deberá exigir respectivamente el consentimiento del tutor ó curador, por carecer hasta esa edad de la libre administracion de sus bienes.

Como esta ámplia facultad concedida á los señores es en beneficio de los siervos, para que no ceda en daño suyo está prevenido que no puedan los dueños dar libertad por descargarse de las obligaciones de alimentos y vestido á aquellos esclavos que por su mucha edad ó enfermedad no se hallen en estado de trabajar, y lo mismo á los niños y menores de cualquiera de los dos sexos. Y en caso de manumitirlos debe ser proveyéndoles del peculio suficiente señalado por el señor á arbitrio del juez, y con audiencia del procurador síndico (3), como protector de esclavos.

TÍTULO VIII.

DE LA POTESTAD DOMÍNICA.

Otra division de los hombres aprobada por el derecho es en unos que estan libres de toda potestad, y otros que

(1) L. 1. tít. 22. Part. 4.
(2) Dicha l. 1. tít. 22. Part. 4.
(3) Real cédula de 31 de Mayo de 1789 cap. 6.

estan sujetos á potestad agena. Si esta division no se mira con cuidado, es fácil creer que coincide con la primera, por la que dividimos á todos los hombres en libres y siervos; pero no es asi, porque hay muchos hombres libres que estan sujetos á potestad agena, v. gr., los hijos é hijas de familia, no siendo siervos, sino libres. Diremos, pues, que las personas no sujetas á potestad, y que en derecho sè llaman *sui juris*, son aquellas que estan libres de potestad domínica y patria, y estas se dicen *padres de familia*, de cualquiera edad que sean, v. gr., un infante que acaba de nacer es padre de familias si no tiene padre ni señor. Por el contrario, estan sujetos á potestad agena todos aquellos que se hallan bajo de la de su padre ó *señor*: los primeros se llaman *hijos ó hijas de familia*, y los segundos *siervos ó esclavos*. En este título se tratará de la potestad domínica, y en el siguiente de la patria.

El fundamento de la potestad de los señores es el estado de los siervos, es decir, que los derechos que corresponden á los señores sobre sus siervos estriban en no considerarse estos como personas, sino como cosas que estan en el dominio de su dueño, no de otra manera que un buey ó un caballo. De suerte que por derecho antiguo de los romanos era principio inconcuso que todos aquellos derechos que competen al señor en su cosa, le competen tambien en su siervo. De este principio tan general nació el abuso que hicieron los señores de una facultad tan absoluta. No se limitó á adquirir por medio de los siervos, exigiendo de ellos con crueldad cuanto ganaban, ni solamente á tenerlos en el comercio como cualquiera otra cosa, mueble ó semoviente, sino que se llevó hasta el esceso de quitarles la vida aun por muy leves causas.

Nuestro derecho aunque conviene en que los siervos son cosas que estan en el dominio de sus dueños, teniendo tambien consideracion á que son hombres, y en este con-

cepto iguales á cualquiera otro, han concedido solamente á los señores aquellas facultades que son necesarias para sacar de ellos una justa utilidad, pero sin violar las leyes sagradas de la caridad cristiana y de la humanidad. Les concede, pues, un poder lleno y cumplido para hacer de ellos lo que quieran (1); pero les prohibe matarlos, lastimarlos y tratarlos con demasiada crueldad (2). Impone á los siervos la obligacion tan justa, y conforme á la recta razon, de obedecer y respetar á sus dueños, de desempeñar las tareas y trabajos que les señalen, y de venerarlos como á sus señores y padres de familia; pero al mismo tiempo toma las mas oportunas precauciones para que estos no escedan sus facultades. Para el caso, pues, de que falten á alguna de estas obligaciones, ó cometan algunos escesos, les da poder para castigarlos correccionalmente, segun la calidad del defecto ó esceso, con prision, grillete, cadena, maza, cepo, no poniéndoles en éste de cabeza, ó con azotes que no puedan pasar de veinte y cinco, y con instrumento suave que no les cause contusion grave ó efusion de sangre (3). Si los castigos espresados no fueren suficientes por haber sido grave el delito cometido por el siervo, ya sea contra sus amos, muger ó hijos, ya contra cualquiera otra persona, no tiene entonces el señor mas facultad para su castigo, sino que deberá dar parte á la justicia (4), para que se proceda contra él en la forma que esplicaremos en otra parte.

Si los señores ó sus mayordomos maltrataren á los siervos, ó se escedieren en los castigos correccionales que únicamente les estan permitidos, causándoles contusiones graves, efusion de sangre, ó mutilacion de miembro, ade-

(1) L. 6. tít. 21. Part. 4.
(2) Dicha ley 6.
(3) Real cédula de 31 de Mayo de 1789 cap. 8.
(4) Dicha real cédula cap. 9. lib. 4. tít. 8.

mas de imponérseles pena pecuniaria, segun merezca la gravedad del esceso, se procederá contra ellos criminalmente á instancia del procurador síndico, substanciando la causa conforme á derecho, y se les impondrá la pena correspondiente al delito cometido como si fuese libre el injuriado, confiscándose ademas el esclavo para que se venda á otro dueño, si quedare hábil para trabajar, aplicando su importe á la caja de multas. Mas si el esclavo quedare inhábil para ser vendido, sin devolvérselo al dueño ni mayordomo que se escedió en el castigo, deberá contribuir el primero con la cuota diaria que se señalare por la justicia para su manutencion y vestuario por todo el tiempo de la vida del esclavo (1).

La adquisicion por medio de los esclavos ha tenido tambien bastante moderacion, pues aunque deben siempre ocuparse en beneficio y utilidad de sus señores, en trabajos proporcionados á sus edades, fuerzas y robustez, no obstante les concede el derecho algun tiempo para emplearlo en su utilidad, y adquirir con sus ganancias algun peculio verdaderamente propio. A este efecto está dispuesto que debiendo principiar y concluir sus trabajos de sol á sol, se les dejen en este mismo tiempo dos horas libres en el dia, para emplearlas en manufacturas que cedan en su personal beneficio y utilidad (2). Y la práctica del dia, aun mas benigna, es que los señores que se sirven de esclavos les permiten liberalmente que adquieran para sí en todas las horas en que no hacen falta á los oficios á que los destinan, cediéndoles tambien todas las donaciones que se les hacen, y tratándolos en todo como á los criados mercenarios (*).

(1) Real cédula de 31 de Mayo de 1789 cap. 10.

(2) La misma real cédula cap. 3.

(*) Por real cédula de 19 de Diciembre de 1817 se prohibe para siempre desde esta fecha á todos los vasallos de S. M., asi de la Pe-

TÍTULO IX.

DE LA PATRIA POTESTAD.

Por patria potestad entendemos aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden á los padres sobre sus hijos, con el fin de que estos sean convenientemente educados. De aqui se infiere que hay una patria potestad que dimana de la recta razon, ó del derecho de gentes, y otra que es inventada por el derecho civil: aquella no da mas facultades á los padres que las que son necesarias para conseguir el fin, que es la conveniente educacion de los hijos; ésta se estiende á concederles algunas otras facultades y derechos que los indemnicen en alguna manera del trabajo que deben tener para formar de sus hijos unos ciudadanos útiles á la república.

Considerada la patria potestad por derecho de gentes, no es otra cosa que aquella facultad que tienen los padres para gobernar y dirigir las acciones de sus hijos, concedida por la naturaleza con el fin de que puedan darles la conveniente educacion á que estan obligados. La razon de esta potestad es evidente. Como cuando los hijos son todavia infantes ó niños pequeños, y aun jóvenes, no estan dotados de aquella perspicacia de ingenio y habilidad necesaria para que ellos mismos pudiesen por sí buscar sus alimentos, y saber cómo deben arreglar sus acciones á la recta razon, Dios, que quiso que existiesen, se conoce que

nínsula como de la América, que vayan á comprar negros en las costas de Africa que estan al norte del ecuador. Y desde 30 de Mayo de 1820 se prohibe igualmente á los mismos que vayan á comprarlos en las costas de Africa que estan al sur del ecuador, bajo la pena de que los negros que fueren comprados en dichas costas sean declarados libres en el primer puerto español á que llegue la embarcacion, y otras que se contienen en la misma cédula.

quiso tambien encomendar á otros el cuidado de su educacion. Y como no puede haber otros mas á propósito que sus mismos padres, á quienes con este fin ha infundido un tierno amor, se infiere claramente que este oficio incumbe principalmente á los padres, y que deben estar revestidos de toda aquella autoridad que se requiere para dirigir y gobernar las acciones de sus hijos, que es lo que se llama *patria potestad.*

Segun este derecho es comun la potestad á ambos padres, porque de uno y otro es propio el oficio de educar á los hijos comunes; y concediéndose por ella todo aquello sin lo cual no pueden dirigirse sus acciones, es fácil de conocer que es lícito á los padres prescribir á los hijos lo que deben hacer y lo que deben omitir, y á los desobedientes no solo reprenderlos, sino tambien castigarlos segun lo exija su culpa, con consideracion á su edad, sexo y otras circunstancias. Por la razon contraria se infiere que esta potestad no se estiende á derecho de vida y muerte sobre los hijos, ni tampoco á venderlos, empeñarlos, entregarlos á *la noxa*, y adquirir todo lo que les venga de otra parte, pues es claro que ninguna de estas facultades es de tal naturaleza que sea necesaria para conseguir el fin que hemos dicho. Pero como la potestad de los padres consiste en la facultad de dirigir las acciones de los hijos, no se les debe negar el derecho de mandarles hacer algunas obras segun su condicion, y de percibir la utilidad de ellas, y aun de administrar aquellos bienes que han adquirido por beneficio de los hombres ó de la fortuna.

Finalmente, siendo constante que conseguido el fin deben cesar los medios, por tanto se acaba esta potestad, no solo por la muerte de los padres, sino tambien cuando los hijos varones estan en tal edad y circunstancias que pueden vivir separados y formar nueva familia, ó si las hijas ó nietas se casan y pasan á otras familias; al contrario

del derecho de los romanos y del antiguo de España, que mantenia á los hijos con sus mugeres y descendientes por toda su vida en la patria potestad, si no es que los padres ó abuelos quisiesen de su voluntad emanciparlos.

La patria potestad por derecho civil de España se diferencia poco de la que concede el derecho de gentes. Es, pues, un derecho que se concede al padre sobre sus hijos, no solo para conseguir la cómoda educacion de ellos, sino tambien para utilidad del mismo padre y de toda la familia (1). Como en esta potestad se halla una parte gravosa á los padres, y otra que les es útil, se puede dividir la patria potestad en onerosa y útil. La primera es comun al padre y á la madre, sean legítimos ó ilegítimos los hijos, como que casi no es otra cosa que las obligaciones mismas que la recta razon ha impuesto á todos aquellos que han dado el ser á otro (2). La segunda comprende algunos derechos que producen honor y utilidad á los padres que han tenido hijos conforme al órden establecido por el derecho, y á quienes es justo remunerar, asi el trabajo que toman en su educacion, como el servicio que hacen á la república multiplicando los ciudadanos honrados. Esta es propia de solo el padre (3), asi porque es la cabeza de la familia, como porque supone el derecho que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad (4). Veremos en primer lugar las obligaciones que abraza la patria potestad onerosa, y en segundo los derechos que concede la útil.

La primera es criar y alimentar á los hijos. Esta obligacion y cuidado es á cargo de la madre hasta los tres años,

(1) Ll. 5. tít. 20. Part. 2., y 1. 3. y 5. tít. 17. Part. 4.
(2) L. 5. tít. 19. P. 4., y céd. de 11 de Diciembre de 1796 art. 25.
(3) Ll. 2. y 8. tít. 17. Part. 4.
(4) L. 3. al fin, v. Ca asi como es razon. tít. 20. Part. 2.

y del padre de allí adelante (1). La segunda instruirlos, gobernarlos, y cuando fuere necesario castigarlos moderadamente para hacerse obedecer de ellos (2). Otra de las principales obligaciones de los padres en lo perteneciente á la vida civil es encaminar y proporcionar á sus hijos para algun oficio ó destino útil con que puedan pasar la vida con honor y comodidad (3); y siendo negligentes los padres en el cumplimiento de una obligacion tan importante, ó estando imposibilitados, deben los magistrados tomar en sí este cuidado (4).

Estos son los cargos anejos á la patria potestad onerosa. Las utilidades que produce la lucrativa son: 1.ª La propiedad de los bienes adquiridos por los hijos con el peculio profecticio (5). Este se llama asi porque dimana del padre, ó de los parientes de parte de él, ó porque viene á los hijos por respecto suyo. 2.ª El usufructo de los adventicios ó adquiridos por parte de la madre, ó de sus parientes por herencia, ó beneficio de la fortuna ó de la industria (6). Pero debe el padre administrar estos bienes de sus hijos, y defenderlos, asi en juicio como fuera de él, por toda su vida (7); y en caso de emancipar al hijo le conceden las leyes que se quede con la mitad del usufructo que tenia, y que solo le entregue la otra mitad, permaneciendo en todo caso la propiedad en el hijo (8). 3.ª La facultad de vender ó empeñar á sus hijos en caso de hambre ó de suma pobreza, que no pueda remediar de otra

(1) Ll. 3. tít. 8. lib. 3. del Fuero Real, y 1. 2. 3. 4. y 5. tít. 19. Part. 4.

(2) Ll. 3. tít. 20. Part. 2., y 18. tít. 18. Part. 4.

(3) Real cédula de 12 de Julio de 1781 art. 1.

(4) Dicha real cédula art. 2.

(5) L. 5. tít. 17. Part. 4.

(6) Dicha ley 5. tít. 17. Part. 4.

(7) Dicha ley 5.

(8) L. 15. tít. 18. Part. 4.

suerte; pero devolviendo despues el hijo ú otro por él la cantidad que recibió su padre, debe quedar libre (1). 4.ª Ultimamente, compete á los padres la facultad de dar ó negar la licencia y consentimiento para el matrimonio de sus hijos menores de veinte y cinco años, y de sus hijas menores de veinte y tres, sin que tengan obligacion en caso de disenso de esplicar la causa, ni dar la razon de él (2). Esta prerogativa es la única que se comunica á la madre en defecto del padre, no teniendo el hijo veinte y cuatro años y la hija veinte y dos (3).

Los modos de adquirir la patria potestad son: 1.º el matrimonio legítimo ó contraido conforme al órden establecido por la Iglesia (4): 2.º la legitimacion (5); y 3.º la adopcion (6). A estos suele añadirse la sentencia del juez, que declara ser hijo legítimo aquel de quien se dudaba, y el delito que cometiese un hijo contra su padre que lo habia emancipado (7). Pero el primero mas es modo de probar la patria potestad que de fundarla, y el segundo solo es una pena que impone el derecho al hijo ingrato, y que por tanto no es un modo comun de adquirirla. Trataremos, pues, aqui solamente de los tres que hemos dicho, y primeramente del matrimonio.

TÍTULO X.

DE LAS NUPCIAS Ó MATRIMONIO.

El primer modo de adquirir la patria potestad es el matrimonio. Este no solo es un contrato que trae su orígen

(1) L. 8. tít. 17. Part. 4.
(2) Real decreto de 10 de Abril de 1803.
(3) Dicho real decreto.
(4) L. 4. tít. 17. Part. 4.
(5) Arg. de las leyes 1. y 2. tít. 17. Part. 4.
(6) L. 4. del mismo tít.
(7) La misma ley 4. tít. 17. Part. 4.

del derecho natural y de gentes, confirmado y autorizado por el derecho civil, sino tambien un sacramento instituido por Jesucristo, reconocido y venerado como tal en la Iglesia Católica. Bajo este supuesto veremos en este título: 1.° qué sea el matrimonio: 2.° con qué solemnidades y ritos se contrae: 3.° quienes pueden contraerlo; y 4.° en qué penas incurren los que lo contraen ilegítimamente.

Cuanto á lo primero el matrimonio se define: un *contrato indisoluble de sociedad celebrado entre dos personas de diverso sexo, con el fin de procurar la procreacion de la prole, y de cuidar de su conveniente educacion* (1). Se dice que es *un contrato*, porque para su valor requiere precisamente el consentimiento de ambas partes (2): *indisoluble*, porque aunque todo contrato consensual se pueda disolver por mútuo disentimiento, este por la naturaleza de sus obligaciones, y por derecho divino, canónico y civil, no puede disolverse (3). Se dice que este contrato es *de sociedad*, porque no es otra cosa que el consentimiento de dos, acerca de un mismo fin y de unos mismos medios: *entre dos personas de diverso sexo*, porque la poligamia, si es viril, es del todo opuesta al fin del matrimonio, y si es muliebre es menos conforme á él, y prohibido por el derecho divino, eclesiástico y civil (4): finalmente, se añade que en esta sociedad se debe tener por fin *la procreacion y educacion de la prole*, porque el fin que Dios se propuso instituyendo el matrimonio fue que el género humano se propagase ordenadamente, y que se supliese con nuevos individuos el número de aquellos que cada dia pagan la deuda comun de la naturaleza (5).

(1) L. 1. tít. 2. Part. 4.
(2) L. 5. tít. 2. Part. 4.
(3) L. 7. del mismo tít.
(4) L. 3. del mismo tít.
(5) L. 4. del mismo tít. v. *é las razones* al medio.

Hasta aquí hemos investigado la naturaleza del matrimonio en su definicion: síguense ahora los ritos y solemnidades con que se contrae. Entre estas unas hay que preceden, y otras que acompañan al matrimonio. De la primera especie son los esponsales, los que aunque no son necesarios para su valor, no dejan de precederle cuando este se contrae con la madurez que se requiere. No son otra cosa que una promesa mútua de futuro matrimonio (1); y aunque esta no es mas que un mero pacto celebrado sin solemnidades algunas, es de tal fuerza, que por ella quedan obligados los desposados á contraer matrimonio despues (2). Y aunque por derecho novísimo (3) en ningun tribunal eclesiástico ni secular se deben admitir demandas de esponsales que no esten reducidos á escritura pública, esto prueba que no producirán accion sin este requisito, pero sí obligacion, siempre que no haya una justa causa para rehusar su cumplimiento. Finalmente, para contraerlos basta la edad necesaria para consentir, que es la de siete años (4), y el consentimiento de los padres en los que son hijos de familia, que es la segunda solemnidad que debe preceder al matrimonio.

Es verdad que la licencia de los padres y su consentimiento no es un requisito necesario para que sea válido el matrimonio contraido por hijos de familia, pero sí lo es para que sea lícito. No se puede dudar que falta gravemente al respeto, veneracion y agradecimiento que debe á sus padres el hijo que se empeña en un asunto de tanta consideracion como el matrimonio sin pedir y obtener su consentimiento, aun cuando sea mayor de edad, ó haya salido de su potestad (5), pues nada de esto es motivo para

(1) L. 1. tít. 1. Part. 4.
(2) Ll. 1. y 7. tít. 1. Part. 4
(3) Real decreto de 10 de Abril de 1803.
(4) L. 6. tít. 1. Part. 4.
(5) Pragm. sánc. de 23 de Marzo de 1776.

que se estinga el amor de veneracion y agradecimiento que les debe siempre tener. Mas como en este punto de conceder ó negar el permiso para el matrimonio puede haber de parte de los padres una resistencia perjudicial ó puramente de capricho, y de parte de los hijos una pasion ardiente y fogosa que los empeñe sin reflexion en una alianza de consecuencias funestas, para evitar los inconvenientes de la arbitrariedad y dar una regla fija se ha señalado por derecho la edad, hasta la cual pueden los padres usar de su potestad, impidiendo del todo el matrimonio si no es de su agrado, y que cumplida la que se requiere entren los hijos al goce de su libertad, contrayéndolo á su arbitrio. Pero en este caso, aunque las leyes no exigen que se pida licencia ni consejo á los padres, faltarán á su obligacion los hijos que no les den esta señal de respeto y de amor, ó que no hagan caso de la resistencia fundada que hagan sus padres á su matrimonio por indecoroso ó perjudicial.

Lo últimamente dispuesto sobre este particular se puede reducir á cuatro puntos. 1.° Que ni los hijos de familia menores de veinte y cinco años, ni las hijas menores de veinte y tres, puedan contraer matrimonio sin licencia de sus padres, quienes en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estarán obligados á dar la razon ni esplicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido veinte y cinco años y las hijas veinte y tres podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de sus padres. 2.° En defecto del padre tiene la madre la misma autoridad; pero los hijos ó hijas adquieren la dicha libertad un año antes de la referida, es decir, á los veinte y cuatro el varon y á los veinte y dos la muger. 3.° A falta de padre y madre recae la autoridad en el abuelo paterno, y á falta de este en el materno; pero en este caso es libre el varon á

los veinte y tres, y la muger á los veinte y uno cumplidos. 4.° A falta de los referidos recae la autoridad en los tutores, y á falta de estos en los jueces del domicilio; entonces son libres los varones á los veinte y dos, y las mugeres á los veinte cumplidos (1). Aunque los padres, madres, abuelos y tutores, segun hemos dicho ya, no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas de las causas que tengan para disentir á sus matrimonios, no obstante los que fueren de la clase que deben solicitar el real permiso pueden recurrir á S. M. ó la Cámara, gobernador del Consejo y gefes respectivos, para que por medio de los informes que tomen, se conceda ó se niegue el permiso correspondiente para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto: en las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso á los presidentes de Chancillerías y Audiencias, y al regente de la de Asturias, los cuales procederán en los propios términos.

Las proclamas ó denunciaciones son otro requisito y solemnidad que debe preceder al matrimonio. Estas tienen por objeto hacer público el matrimonio que se ha de contraer, para que si alguno sabe algun impedimento que obste á su celebracion lo denuncie al párroco. Deben hacerse en tres dias de fiesta contínuos en la Iglesia y al tiempo de la misa mayor, y siendo los contrayentes de diversas parroquias debe proclamarse en ambas (2).

Otra solemnidad, y que absolutamente se requiere para el valor del matrimonio, es que se celebre delante del propio párroco, de alguno de los contrayentes, ó de otro sacerdote de licencia del mismo párroco ó del ordinario, y de dos ó tres testigos (3).

(1) Real decreto de 10 de Abril de 1803.

(2) Conc. de Trent. sess. 24. cap. 1. de Reform. Rit. Rom. de sacr. matr.

(3) Conc. de Trent. sess. 24. cap. 1. de Ref.

Finalmente, es constante que desde los primeros siglos de la Iglesia se ha celebrado el matrimonio con algunas sagradas ceremonias y preces, que aunque no pertenecen á su esencia, seria un crímen omitirlas. Han sido varias, segun la diversidad de tiempos y lugares. El dia de hoy conforme al Ritual Romano de Paulo V, mandado observar desde el año de 1614, despues de haber espresado los contrayentes su mútuo consentimiento con cierta fórmula solemne que les propone el sacerdote, y certificádose de este, les manda darse las manos diestras, y les dice: *Ego vos coniungo in matrimonium &c.* Síguense despues las bendiciones nupciales, que tambien se llaman velaciones, las que recibidas surte el matrimonio todos sus efectos, asi en lo eclesiástico como en lo civil (1).

Veamos ahora qué personas pueden contraer matrimonio. Para que este pueda verificarse se requieren las siguientes condiciones: 1.ª Que los contrayentes hayan llegado á la pubertad, esto es, que el hombre tenga catorce años, y la muger doce. De otra suerte no se tienen por capaces para conseguir el fin del matrimonio, que es la procreacion de la prole y su conveniente educacion (2). 2.ª Que un hombre solo se case con una sola muger, y una sola muger con un solo hombre, porque segun dijimos arriba la poligamia es prohibida por todo derecho. 3.ª Que los hijos de familia y menores de la edad señalada no contraigan matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó madres, abuelos ó tutores &c., respectivamente; y si lo contrageren serán espatriados y confiscados sus bienes (3). La 4.ª condicion es que las personas no sean inhábiles por derecho, pues entre algunas se prohibe el matri-

(1) Ritual Rom. de sacr. matr. [illegible]
(2) L. 6. al fin, tít. 1. Part. 4.
(3) Real decreto de 10 de Abril de 1803.

monio como *incestuoso*, entre otras como *irreligioso*, y entre otras, finalmente, como *dañoso.*

Es prohibido como incestuoso el matrimonio entre los parientes cercanos, ya lo sean por consanguinidad ó por afinidad. Para inteligencia de esto es necesario esplicar: 1.º qué sea parentesco de consanguinidad y de afinidad: 2.º de qué modo se cuentan los grados; y 3.º hasta dónde llega la prohibicion.

Veamos primeramente qué sea parestesco de consanguinidad y de afinidad. Parentesco de consanguinidad es la union ó conexion natural que hay entre aquellas personas que descienden de una misma raiz ó tronco; v. gr., el padre y la hija son consanguíneos, porque descienden de un tronco comun, es decir, del abuelo. El hermano y la hermana son consanguíneos, porque descienden del mismo padre ó madre (1). Parentesco de afinidad es el vínculo que se contrae por el matrimonio consumado, ó por cópula ilícita entre el hombre y los parientes de la muger, y entre la muger y los parientes del hombre. Por ejemplo, los padres de mi muger, sus hermanos y hermanas &c. son afines mios, y mis padres, hermanos y hermanas &c. son afines de mi muger; pero mi hermano, y el hermano ó hermana de mi muger, no son afines entre sí (2).

Síguese ahora el modo de computar los grados. Grado no es otra cosa que la distancia que hay de un pariente á otro, proveniente de las mas ó menos generaciones que median (3). Si se han de contar muchas personas que engendraron, ó que fueron engendradas, esta série se llama línea (4). Esta ó es recta ú oblicua, á que tambien llaman transversal ó colateral. Línea recta es aquella que

(1) L. 1. tít. 6. Part. 4.
(2) L. 5. tít. 6. Part 4.
(3) L. 3. del mismo tít.
(4) L. 2. del mismo tit.

solo comprende personas generantes y engendradas. Oblícua es aquella que abraza otras personas. Si en la línea recta se cuenta subiendo desde la última persona hasta sus progenitores, se llama de *ascendientes*, v. gr., padre, abuelo, bisabuelo &c. Si se cuenta bajando se llama de *descendientes*, v. gr., bisabuelo, abuelo, padre, hijo, nieto, biznieto &c. La línea oblicua y transversal ó es igual ó desigual: se llama igual cuando por ambos lados se halla igual número de personas y de grados, y desigual cuando por un lado se encuentra mayor y por el otro menor número de grados y de personas. Entendidas estas definiciones, se entienden fácilmente tres reglas que se dan para la computacion de grados.

1.ª En la línea recta se cuentan tantos grados cuantas son las generaciones (1). Si deseo, pues, saber cuántos grados dista Ticio de Cayo, su hijo, como no encuentro mas que que una generacion, concluyo que no dista mas que un grado.

2.ª En la línea oblicua igual el derecho civil cuenta ambos lados, y el derecho canónico uno solamente, es decir, que en la línea colateral igual cuantos grados dista uno del tronco comun, otros tantos doblados dista de la otra persona con quien sea comparada; porque segun el derecho civil, cada persona hace un grado (2). No asi por derecho canónico. La razon de esta diversidad es porque, segun la computacion civil, para saber los grados que hay entre dos personas se sube al tronco desde la una, y despues se baja hasta la otra. Este es el motivo porque no hay primer grado en esta línea, que debe necesariamente empezar del segundo, por no poder verificarse subida y bajada de otra manera. Por ejemplo, los hermanos de donde comienza esta línea distan entre sí dos grados, uno de subida de ellos al padre, que es el tronco comun, y el

(1) L. 4. tít. 6. Part. 4.
(2) L. 4. del mismo tít.

otro de bajada del mismo padre al otro hermano. Segun la computacion canónica solo se sube, y de ahi es que un hermano solo dista del otro un grado (1).

3.ª En la línea transversal desigual, por derecho canónico cuantos grados dista del tronco comun el mas remoto, tantos distan entre sí; v. gr., Ticio y Berta, hija de su hermano Sempronio, estan en segundo grado, porque de Berta á Sempronio se sube un grado; y de Sempronio á su padre, que lo es tambien de Ticio, y por lo mismo tronco comun, se sube otro (2).

De este modo se computan fácilmente los grados de consanguinidad. Por lo que toca á los de afinidad se debe observar que en ella propiamente no hay grados, porque no nace de la generacion, sino del ayuntamiento carnal; pero por analogía se distinguen y cuentan del mismo modo que en la consanguinidad. La razon es, porque haciéndose como una sola persona del hombre y la muger por el matrimonio y por la cópula carnal, es muy justo que el hombre se haga pariente de los consanguíneos de la muger, y ésta de los consanguíneos del hombre en el mismo grado que lo son de cada uno; v. gr., porque mi muger dista un solo grado de su padre, yo no disto de mi suegro sino uno solo; y en la línea transversal la hermana de mi muger está en primer grado conmigo por derecho canónico, y en segundo por el civil (3).

Hasta aqui hemos visto el modo de contar los grados de parentesco: veamos ahora hasta dónde se estiende la prohibicion de contraer matrimonio, ya sea con los consanguíneos, ya con los afines. Sobre este punto se establecen las reglas siguientes:

1.ª *En la línea recta, esto es, entre los ascendientes y*

(1) Ll. 3. y 4. tít. 6. Part. 4.
(2) L. 3. tít. 6. Part. 4.
(3) L. 5. tít. 6. Part. 4.

descendienses, está prohibido el matrimonio sin límites. Esta regla concuerda con todos los derechos, y se dice en ella que no hay límites en la prohibicion, para dar á entender que se estiende á los grados mas remotos (1). La bisabuela, v. gr., no puede casarse con su biznieto, del mismo modo que ni la abuela con su nieto, ni la madre con su hijo. Para mejor inteligencia suele esta regla ilustrarse con aquel célebre ejemplo de que si Adan no hubiese violado el precepto divino de no comer del árbol vedado, y Eva solamente lo hubiese comido, y sufrido la muerte en pena de su pecado, Adan no hubiera hallado hasta el dia segunda muger, porque respecto de él todos los hombres son descendientes, aunque se hallen en grados remotísimos.

2.ª *Tampoco tiene límites la prohibicion en la línea transversal desigual cuando hay atingencia del primer grado de la línea recta*, v. gr., en un tio con una sobrina en quinto ó sesto grado (2). Segun esta regla, si Abél viviera no hallara en el dia muger con quien contraer matrimonio, porque todos los hombres nacieron de su hermano Seth y Cain, y asi es como padre de todo el linage humano.

3.ª *En la línea transversal se estiende la prohibicion hasta el cuarto grado inclusive de la computacion canónica* (*), *que es la que se observa en materia de matrimonio* (3).

4.ª *La afinidad que nace del matrimonio consumado*

(1) Levít. cap. 18. v. 7.—Clement. unic. de consang. et affin. Conc. Trid. sess. 24. cap. 5. de Ref. matr. L. 4. tít. 6. Part. 4.

(2) L. 4. del mismo tít. al fin.

(*) De esta regla se esceptúan los indios, á quienes el Sr. Paulo III concedió privilegio para que puedan contraer matrimonio dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad, y asi en ellos este impedimento solo se estiende hasta el segundo grado. Conc. Lim. 2. ses. 3. cap. 69

(3) Ll. 3. y 4. tít. 6. Part. 4.

produce un impedimento, que se estiende á los mismos grados, y se computa del mismo modo que el de consanguinidad (*). Por ejemplo, en la línea recta está prohibido el matrimonio sin límites entre los ascendientes y descendientes; luego tambien lo estará con la que fue muger de un ascendiente ó descendiente. Del mismo modo en la colateral, porque está prohibido el matrimonio entre los hermanos y hermanas, lo estará tambien entre los hermanos y hermanas de la muger y del marido, y asi de los demas grados (1).

5.ª *La afinidad que nace de cópula fornicaria, ó de cualquier modo ilícita, no pasa del segundo grado* (2).

6.ª *El matrimonio rato y no consumado, y los esponsales válidos, producen un impedimento que se llama de pública honestidad, que en aquel se estiende hasta el cuarto grado, y en estos no pasa del primero* (3).

Hay tambien otras dos especies de parentesco, que son, el espiritual y el civil. El primero trae su orígen del derecho canónico, y el segundo del civil. El parentesco espiritual es el que se contrae en los sacramentos del bautismo y de la confirmacion. Es impedimento para el matrimonio entre el bautizante y bautizado, y el padre y madre del bautizado, y tambien entre el padrino y el bautizado y su padre y madre. El mismo impedimento, y en los términos referidos, se contrae en el sacramento de la confirmacion (4). El parentesco civil es el que nace de la adopcion, porque como esta imita á la naturaleza, son re-

(*) Algunos autores fundándose en el cap. 8. de Cons. et affin. opinan que ningun impedimento de consanguinidad ni afinidad pasa del cuarto grado. Véase á Gonzalez en el cap. 5. de Cons. et affin.

(1) L. 5. tít. 6. Part. 4.

(2) Conc. Trid. sess. 24. cap. 4. de Reform.

(3) Cap. 8. de Cons. affin. Conc. Trid. sess. 24. cap. 3. de Ref.

(4) Ll. 2. y 5. tít. 7. Part. 4.

putados los hijos adoptivos del mismo modo que los naturales. De esta suerte, asi como un padre natural no puede casarse con su hija natural, asi tampoco un padre por adopcion con su hija adoptiva (1). Este impedimento es perpetuo entre los que estan en lugar de padre, por lo que dura aun despues de disuelta la adopcion. No sucede lo mismo entre los hermanos, y asi una hija del padre adoptivo puede contraer matrimonio con el hijo adoptivo emancipado (2).

Hasta aqui hemos tratado de los matrimonios prohibidos como incestuosos. Como irreligiosos ó contrarios á la santidad de la religion lo son tambien los que se celebran entre personas de otra religion que la cristiana (3): con los clérigos que han recibido órden sagrado, religiosos ó religiosas profesas (4): con los que estan ya ligados con otro matrimonio (5): cuando es contraido clandestinamente, ó sin la solemnidad de la presencia del propio párroco, y de dos ó tres testigos (6). Finalmente, cuando intervienen los delitos de adulterio ú homicidio en cuatro casos. 1.º Cuando hay adulterio con pacto de futuro matrimonio. 2.º Cuando aunque no haya adulterio hay muerte, ó maquinacion de parte de alguno de los contrayentes con promesa de matrimonio. 3.º Cuando hay adulterio y homicidio, aunque haya ignorancia de una parte. 4.º Cuando uno de los contrayentes celebra segundo matrimonio con mala fé (7).

(1) Ll. 7. y 8. tít. 7. Part. 4.

(2) Dicha ley tít. 7. Part. 4.

(3) L. 15. tít. 2. Part. 4.

(4) L. 16. del mismo tít.

(5) 1. ad Corint. cap. 7. v. 39. de secund. nup. Conc. Trid. sess. 24. de sac. matr. Can. 2., y ley 16. tít. 17. Part. 7.

(6) Conc. Trid. sess. 24. de Ref. matr. cap. 1. L. 1. tít. 1. lib. 5. Rec.

(7) L. 19. tít. 2. Part. 4.

Como dañosos son prohibidos por las leyes los matrimonios en que con fundamento se sospecha que no hay la suficiente libertad para contraer, ó que verificándose peligra la recta administracion de justicia, ó la de las rentas del fisco ó de los pupilos.

En estos principios se funda la prohibicion que tienen los consejeros y oidores para contraer matrimonio con personas que en los tribunales donde ellos residen tienen pleitos pendientes (1), y los vireyes, presidentes, oidores y fiscales de las audiencias, oficiales reales, administradores, tesoreros, auditores de guerra, gobernadores de las provincias, y los hijos de todos estos y sus asesores, con cualesquiera personas residentes en sus distritos (2). Se prohibe tambien el matrimonio del tutor, ó su hijo con la pupila, por temor de que con este pretesto se niegue á dar cuentas de la administracion de la tutela, ó se dificulte el que se le exijan con la exactitud debida (3).

Hasta aqui hemos referido los matrimonios que son prohibidos por el derecho. A mas de estos hay otros que sin necesidad de prohibicion no pueden subsistir, por repugnantes á la recta razon. Esto se verifica cuando hay defecto en el consentimiento, ó en la naturaleza de los contrayentes. Del primer modo es nulo el matrimonio, ya cuando interviene error acerca de la persona con quien se contrae, ó acerca de su condicion servil (4), ya cuando la muger es robada, si no es que despues de estar en lugar seguro consienta libremente (5) y ya, en fin, cuando

(1) L. 25. tít. 4. lib. 2. Rec.

(2) L. 2. tít. 14. Part. 4. Reales cédulas de 17 de Julio y 16 de Agosto de 1773 y de 9 de Agosto de 1779.

(3) L. 6. tít. 17. Part. 7.

(4) Ll. 10. y 11. tít. 2. Part. 4.

(5) L. 14. tít. 2. Part. 7. Conc. de Trent. sess. 24. de Ref. cap. 6.

alguno es obligado á contraer por violencia ó miedo grave (1). Por defecto de naturaleza no pueden contraer matrimonio los impuberes (2), si no es que la malicia supla la edad, y los que sean inhábiles para la cópula, siendo la inhabilidad perpetua (3).

Las penas en que incurren los que contraen matrimonio contra las prohibiciones de derecho que hemos referido son varias. La primera es la nulidad, siempre que el matrimonio es contraido con alguno de los impedimentos que se llaman dirimentes, cuales son todos los que se incluyen bajo los nombres de matrimonio incestuoso, irreligioso, ó repugnante á la razon. De aqui se sigue que los hijos que nazcan de semejantes nupcias no son legítimos, ni estan en la potestad de sus padres, sino que son espúrios. A mas de esta pena se les impone la que corresponde, segun las leyes, al delito que cometen, como de incesto, rapto, violencia &c.

Los que contraen matrimonios dañosos, aunque no son castigados con la pena de nulidad, tienen la de quedar privados por el mismo hecho de los oficios y empleos que obtenian, y el tutor que casase con su pupila tiene la pena de adulterio (4).

APÉNDICE DE LA LEGITIMACION.

El segundo modo de adquirir la patria potestad es la legitimacion. Esta es un acto por el cual los hijos ilegítimos se fingen nacidos de un justo matrimonio (5), y se redu-

(1) L. 15. tít. 2. Part. 4.
(2) L. 6. tít. 2. Part. 4.
(3) Dicha ley 6.
(4) L. 6. tít. 17. Part. 7.
(5) Arg. de la ley 1. tít. 13. P. 4., y 1. y siguientes, tít. 15. P. 4.

cen á la potestad de sus padres á manera de los legítimos. De la definicion dada se infiere que el fundamento de la legitimacion rigorosa es una ficcion, por la cual la ley tiene por nacidos en un justo matrimonio á los que han nacido fuera de él. Se dice en ella que á manera de los legítimos son reducidos á la patria potestad, para denotar el efecto de la legitimacion. Los hijos nacidos fuera de matrimonio no estan en la potestad de su padre, y se reputan como si en realidad no lo tuvieran, porque en derecho solo se tiene por padre aquel que demuestra el matrimonio legítimo. De aqui proviene que los hijos ilegítimos se llaman naturales, porque segun la naturaleza tienen padre, pero no segun derecho.

Los modos de hacerse la legitimacion que estan en práctica son dos: el primero por subsiguiente matrimonio, y el segundo por rescripto del Príncipe. Por subsiguiente matrimonio se legitiman solamente los hijos naturales, cuando el padre que los ha tenido en alguna concubina contrae matrimonio con ella. Se requiere, pues, lo 1.º que la madre sea una muger honesta, no una ramera: 2.º que tanto el padre como la madre sean hábiles para contraer matrimonio sin dispensa; y 3.º que lo verifiquen conforme á derecho. Puestas estas tres condiciones, resulta una legitimacion tan completa, que se equipára á la legitimidad (1).

De lo dicho se infiere que son incapaces de esta especie de legitimacion: 1.º los hijos espúrios, esto es, los que han nacido de ramera ó de una muger publica que hace ganancia con su cuerpo: 2.º que lo son asimismo los adulterinos ó nacidos de adulterio: 3.º los incestuosos habidos entre personas que por el parentesco de consanguinidad ó afinidad que tienen entre sí no pueden contraer matrimo-

(1) Ll. 9. y 10. tít. 8. lib. 6. Rec.

nio: y finalmente, los sacrílegos habidos por clérigos ordenados de órden sagrado, ó por religiosos profesos. La razon es porque la legitimacion se hace fingiendo el derecho que los hijos que se legitiman fueron nacidos de matrimonio, retrotrayendo el que contraen los padres al momento en que tuvieron los hijos; y como toda ficcion supone términos hábiles, de ahi es que no pudiendo fingirse matrimonio con una ramera al tiempo mismo que se entrega á todos, ni entre el adúltero y adúltera, ni entre los demas que hemos esceptuado, tampoco puede retrotraerse el que contraigan actualmente al tiempo del comercio ilícito, y por consiguiente que semejantes hijos no pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, aun cuando sus padres lo llegasen á verificar.

El otro modo de legitimar es por rescripto del Príncipe. Este se consigue presentando el padre un memorial de súplica ante la suprema potestad, pidiendo que su hijo ó hija habidos fuera de matrimonio se legitimen (1). Concediendo el Príncipe la gracia se tiene el hijo por legitimado (*). Esta especie de legitimacion se suele conceder,

(1) L. 4. tít. 15. Part. 4.

(*) Estas legitimaciones regularmente no se conceden gratis, sino que segun el motivo porque se solicita la gracia está señalada la cantidad con que deben servir los pretendientes. Asi está dispuesto en la Real cédula de 21 de Diciembre de 1800, en que se aprueban diversos arbitrios propuestos por el Consejo pára la estincion de vales Reales y pago de intereses. En ella, pues, al artículo 17 se dice asi: "la legitimacion á hijo é hija que le hubieren sus padres siendo solteros para heredar y gozar, sirva con doscientos ducados de vellon cada hijo ó hija; pero si la legitimacion es solo para ejercer oficios de república indistintamente, sirvan con ciento y cincuenta ducados. Y si es para oficio determinado, como abogado, escribano, procurador, ú otro de esta clase, queda la regulacion del servicio al juicio del referido superintendente, segun las circunstancias del pretendiente y oficio que solicite, no bajando el servicio en todo caso de cuarenta ducados." Y el artículo 25, hablando de otras legitimaciones en que hay alguna mas dificultad, di-

no solo á los naturales, sino tambien á los espúrios, adulterinos, incestuosos y demas, ya verifiquen sus padres el matrimonio con dispensa, ya sean del todo incapaces de contraerlo; pero por lo regular no tiene otro objeto que limpiar de alguna manera la mancha del orígen criminoso, y habilitar á los hijos, ó para heredar á sus padres, que no los tienen legítimos, ó para gozar de su nobleza, ó para obtener empleos y cargos de que estan escluidos los ilegítimos (1). Asimismo solo produce habilitacion para el objeto á que se dirije la súplica, y no se estiende á mas de lo que espresa el rescripto.

Fuera de los modos referidos se encuentran otros en las leyes de Partida, que aunque no se practican es conveniente referir. El primero es el que las leyes romanas llamaban por ofrecimiento á la curia. Este no es otra cosa, segun dice la ley de Partida, que llevar el padre á su hijo natural á la corte del Rey ó al concejo de la ciudad, y entregándolo de su propia voluntad para su servicio, decir públicamente que es su hijo, habido de tal muger soltera, nombrándola; por cuyo acto dice quedar legitimado, si el hijo se conviene y acepta la entrega de su pa-

ce asi: "las legitimaciones estraordinarias para heredar y gozar de la nobleza de sus padres á hijos, de caballeros profesos de las órdenes, de clérigos y de casados, sirvan con mil ducados de vellon, siendo la legitimacion para solo heredar y obtener oficios; pero comprendiendo la circunstancia de gozar de la nobleza de sus padres, con treinta mil reales, entendiéndose en uno y otro caso por cada hijo ó hija que lo solicite." De estos dos artículos inferimos tres cosas: la primera que el servicio pecuniario, que siempre debe intervenir, está regulado con consideracion al impedimento que se dispensa, y al fin para que se solicita: la segunda que estas gracias siempre se contraen al oficio para que se solicita, y que no se estienden á mas de lo que se espresa; y la tercera que cada hijo ó hija necesita de ser habilitado separadamente, porque una sola legitimacion no vale para todos los hijos de un mismo padre.

(1) Real cédula de 21 de Diciembre de 1800.

dre (1). Asimismo se tienen por legitimados los hijos que se ofrecen espontáneamente á servir al Emperador, Rey, ciudad ó villa, diciendo de quién son hijos, en cuyo caso les concede la ley que hereden á sus padres ab intestato, si no tienen estos otros hijos, pues si los tienen legítimos no se legitiman por este acto (2).

Otro modo de legitimar los hijos naturales, segun la ley de Partida, es por testamento, en que el padre que no los tiene legítimos diga que quiere que Ticio y Cayo, sus hijos naturales, procreados en tal muger de estado soltera, sean sus herederos legítimos. En cuyo caso, si despues de la muerte del padre tomaren los hijos este testamento, y lo presentaren al Rey pidiéndole se digne confirmar la legitimacion, lo debe hacer asi, y serán habidos por legítimos, no solo para heredar los bienes de su padre, sino tambien para todo lo demas (3).

Igualmente se concede legitimar á los hijos por instrumento publico firmado por tres testigos, en que el padre diga que alguno ó algunos son hijos suyos, y que los reconoce por tales; mas para que valga esta legitimacion no ha de espresar que son hijos naturales, de donde se infiere que está fundada en presuncion de matrimonio, y que mas es prueba de ser legítimo el hijo que verdadera legitimacion (4).

Los efectos que produce la legitimacion cuando es completa son: 1.° Reducir los hijos naturales á la potestad de sus padres con todas las facultades que el derecho concede sobre los legítimos. 2.° Dar derecho á los hijos para suceder en los bienes de sus padres; pero en este punto se debe hacer distincion entre la legitimacion que se hace por

(1) L. 5. tít. 15. Part. 4.
(2) L. 8. tít. 15. Part. 4.
(3) L. 6. tít. 15. Part. 4.
(4) L. 7. del mismo tít.

subsiguiente matrimonio y la que se concede por rescripto del Príncipe. En el primer caso suceden indistintamente á sus padres de la misma manera que los legítimos (1). En el segundo caso, aunque el hijo sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, si despues estos tuvieron algun hijo, ú otro descendiente legítimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio, entonces el legitimado por rescripto no puede suceder con ellos abintestato, ni ex testamento, y solo habrá lo que sus padres le quisieren mandar del quinto de sus bienes, en que tienen libre disposicion; pero sí heredarán á los otros parientes, y tendrán las honras y preeminencias que corresponden á los hijos legítimos, y todo lo demas que en el rescripto se les concede espresamente (2).

Por conclusion de este apéndice es digno de advertirse que por una Real cédula, mandada insertar en los cuerpos de las leyes, está declarado que todos los espósitos de ambos sexos, asi los que hayan sido espuestos en las casas de caridad, como los que lo fueren en otro parage, y no tengan padres conocidos, son legitimados por el Rey, y deben ser tenidos por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin escepcion (3).

TÍTULO XI.

DE LA ADOPCION.

El tercer modo de adquirir la patria potestad es la adopcion. Esta, aunque entre los romanos era muy frecuente, entre nosotros es del todo desacostumbrada. No obstante, estando vigentes las leyes en que se funda, es nece-

(1) L. 10. tít. 8. lib. 5. Rec.
(2) Dicha ley 10. del mismo tít.
(3) Real cédula de 20 de Enero de 1794.
Estiéndese este privilegio para que no se impongan á los espósitos

sario dar una idea de su esencia, y de la forma en que se practicaba.

La adopcion se puede tomar, ó lata, ó estrictamente. Cuando se toma del primer modo abraza en sí dos especies, que son la *adrogacion* y la *adopcion* en especie, y cuando del segundo se opone á la adrogacion. Tomada latamente y en general, se define la adopcion: *un acto solemne por el cual se recibe en lugar de hijo al que no lo es por naturaleza* (1). Se llama acto solemne, porque debe hacerse, ó en presencia del Rey, ó ante el juez de cualquier lugar: se dice que por él recibe en lugar de hijo al que por naturaleza no es, para denotar el fin de la adopcion, que es dar hijos al que no los tiene; y asi, por ejemplo, Moisés por la naturaleza no era hijo de la hija de Faraon, pero verificada la adopcion comenzó á serlo.

De esta definicion se deduce un axioma que tiene lugar en todo el título. *La adopcion imita á la naturaleza.* El sentido es que todo aquel que por la naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por la adopcion. El hijo por la naturaleza no puede ser de mayor edad que su padre; luego ni por la adopcion puede uno, que es de mas edad que otro, hacerse su hijo.

De lo dicho se infiere claramente que no pueden adoptar: 1.° Los castrados ó eunucos, si no es que su inhabilidad provenga, no de la naturaleza, sino de la malicia de los hombres, ó de enfermedad, ó de caso fortuito (2). 2.° Los impúberes, ó que no hayan llegado á la edad de catorce años (3). 3.° Las mugeres, porque no son capaces de la patria potestad que se consigue por la adopcion; pero

la pena de vergüenza pública, ni la de azotes, ni la de horca, sino aquellas que en iguales casos se impondrian á personas privilegiadas.

(1) L. 7. tít. 7., y ley 1. tít. 16. Part. 4.

(2) L. 3. tít. 16. Part. 4.

(3) L. 2. del mismo tít.

por privilegio se suele conceder el que adopten, habiendo perdido algun hijo en servicio del Rey (1). Ultimamente, el que no esceda diez y ocho años al que quiera adoptar (2).

Hasta aqui hemos tratado de la adopcion en general. En este sentido se divide en adrogacion, y en adopcion estrictamente tomada. Estas dos especies se diferencian en dos maneras. En el sugeto, porque el de la adrogacion es el hombre libre de toda potestad, y el de la adopcion es el hijo de familias sujeto á la potestad de su padre. En la forma ó modo, porque la adrogacion se hace por rescripto del Príncipe, y la adopcion con autoridad del juez, el cual, estando presente, si el padre natural declara que da á su hijo en adopcion á otro, y el adoptante dice que lo recibe por hijo, está concluido el negocio (3).

Segun estos principios la adrogacion se define: *un acto por el cual un hombre que goza de la libre disposicion de su persona se reduce á la patria potestad de otro por autoridad del sumo Imperante* (4). De la naturaleza de la adrogacion que hemos esplicado venimos en conocimiento que por ella se padece la mínima diminucion de cabeza, haciéndose el adrogado hijo de familia, y perdiendo los derechos de hombre libre de toda potestad; y como á ninguno se puede privar de sus derechos contra su voluntad, se infiere: lo 1.º que es necesario el consentimiento del adrogado; 2.º que prestado este, pasa con todos sus bienes á la potestad y dominio del adrogante; y 3.º que el infante no puede ser adrogado, porque no es capaz de consentir (5). Y aunque casi lo mismo se verifica en todos los que no han llegado á la pubertad, no obstante, se permite el que pue-

(1) Dicha ley 2. tít. 16. Part. 4.
(2) La misma ley 2.
(3) L. 7. tít. 7. Part. 4.
(4) Dicha ley 7.
(5) L. 4. tít. 16. Part. 4.

dan ser adrogados con las siguientes condiciones: 1.ª Conocimiento de causa, y que de esta resulte ser útil al pupilo la adrogacion, es decir, que debe preceder investigacion de las cualidades y circunstancias del adrogante, y del provecho que se seguirá al adrogado: 2.ª que se obligue el adrogante á restituir los bienes del mozo á sus legítimos herederos si muere antes de llegar á los catorce años; y 3.ª que se haga la adrogacion con otorgamiento del Rey (1).

El efecto que produce la adrogacion es reducir al adrogado á la patria potestad del adrogante, y no teniendo éste hijos legítimos, darle derecho á la herencia en los mismos términos que lo tienen aquellos. Y si el adrogante emancipase sin justa causa, ó exheredase al hijo adrogado, está obligado á devolverle todos los bienes con que entró en su poder, y todo lo que haya adquirido de nuevo, menos el usufructo que percibió por la administracion de dichos bienes, y ademas debe darle la cuarta parte de cuanto hubiere de suyo (2).

Pasemos ya á la adopcion propiamente dicha: esta se define: *un acto por el cual se reciben por hijos con autoridad judicial aquellos que estan en la potestad de sus padres naturales* (3). Segun esta definicion pueden ser adoptados cualesquiera hijos que esten en poder de sus padres, consintiéndolo estos. Para que sea válida es suficiente que tanto el padre natural como el adoptivo se presenten á cualesquier juez, y digan que el uno quiere dar y el otro recibir en adopcion á aquel niño, y que se les dé el documento que corresponde para constancia de aquel acto (4).

Para conocer cuándo esta especie de adopcion produce

(1) L. 6. tít. 16. Part. 4.
(2) Ll. 7. y 8. del mismo tít. y Part.
(3) Ll. 7. tít. 7., 9. y 10. tít. 16. Part. 4.
(4) L. 91. tít. 18. Part. 3.

el efecto de reducir al adoptado á la potestad del adoptante es menester distinguir dos casos que se hallan espresos en derecho. El primero es cuando la adopcion es hecha por alguno de los ascendientes del mozo, v. gr., por el abuelo paterno ó materno; y el segundo cuando es hecha por algun estraño. En el primer caso, esto es, cuando alguno de los ascendientes adopta, adquiere patria potestad en el adoptado, por lo que semejante adopcion se llama comunmente plena y perfecta. En el segundo cuando un estraño, ó aunque sea pariente, no siendo de los ascendientes, recibe á otro en adopcion, no se transfiere á él la patria potestad, sino que permanece en su padre natural, y el adoptado en este caso mas es alumno que hijo; por lo que esta adopcion se llama imperfecta y menos plena (1). Se podria juzgar que esta adopcion imperfecta no produce efecto, supuesto que por ella no se adquiere patria potestad; pero en realidad no deja de producir alguno. El adoptivo, aunque no entre á la potestad del adoptante, tiene derecho á sucederle abintestato, no teniendo hijos legítimos (2); pero si hiciere testamento no hay inconveniente en que instituya por heredero á quien quisiere, por no ser el adoptado de que hablamos heredero forzoso en testamento.

Esto es lo principal que hay que decir sobre la adopcion que se usaba antiguamente, y que á fuerza de querer imitar servilmente á la naturaleza, dejó de producir todas las ventajas que de otra suerte se podian esperar de ella. En su lugar se ha ido introduciendo con autoridad de las leyes otra especie de adopcion mas útil á la humanidad, y mas digna de la despreocupacion que es consiguiente á la ilustracion de nuestro siglo.

(1) Ll. 9. y 10. tít. 16. Part. 4.

(2) Ll. 5. tít. 6. lib. 3., 1. y 5. tít. 22. lib. 4. del Fuero Real, y 1. y 10. tít. 8. lib. 5. Rec.

Tal es la que se verifica en los espósitos, que son aquellos niños ó niñas que han sido echados por sus padres ó por otras personas á las puertas de las Iglesias, de las casas y otros parages públicos, ó por no tener con que criarlos, ó por ocultar de quién son hijos. La situacion tan miserable en que se hallaban semejantes niños, aun en las ciudades en que habia casas de caridad ó Inclusas para cuidar de ellos, y los muchachos que morian de necesidad, movió el paternal corazon de uno de nuestros monarcas para que tomase las providencias mas oportunas y eficaces á favor de los espósitos, cuidando de sus vidas y de su decente y honesto destino, para que fuesen útiles en lo sucesivo (1).

Estos pueden ser adoptados ó prohijados por cualquiera persona, con tal que sea decente y honesta, y de quien se pueda esperar lo que se desea, y es que se les dé buena educacion y destino. No es, pues, impedimento el que el adoptante no sea capaz de engendrar, ni se pone reparo en que sea hombre ó muger, casado ó soltero; y como en ella no se tiene mas objeto que el bien de la humanidad, no se exijen solemnidades algunas. Basta para hacerla que el vecino á cuyas puertas fuere espuesta alguna criatura, la manifieste al párroco de donde sea feligrés, espresando que quiere quedarse con ella para criarla por caridad, y el mismo párroco debe darle la licencia por escrito, siendo el tal vecino persona de buenas costumbres y de familia honesta, y teniendo algunas facultades por las cuales se haga juicio que el espósito será bien educado (2). Si el espósito que se quiere adoptar fuere sacado de algunas de las casas de caridad, la licencia deberá ser da-

(1) Real cédula de 11 de Diciembre de 1796 y de 6 de Marzo de 1790.

(2) Dicha Real cédula de 11 de Diciembre de 1796, art. 12. 17. y 19.

da por el rector ó administrador de ella (1).

Aunque en los adoptados de esta manera no tienen los que los han criado patria potestad ni derecho para exijir de ellos cosa alguna (2), no obstante, conforme á nuestras leyes debe el que recibió tan gran beneficio honrar y reverenciar de todas maneras al que lo crió, lo mismo que si fuese su padre natural; y se le prohibe con pena de muerte acusarlo, ó hacer cosa por la cual le resulte daño grave en su vida ó en sus bienes, si no es que fuese por el bien del Rey ó de la república (3).

Finalmente, de esta especie de adopcion son capaces, no solo los infantes ó recien-nacidos, sino tambien los mayores de la infancia, siempre que esten en edad de ser educados, y carezcan de los auxilios que son necesarios para lograr la conveniente educacion (4).

TÍTULO XII.

DE LOS MODOS POR QUÉ SE DISUELVE LA PATRIA POTESTAD.

Despues de haber tratado de los modos de adquirír la patria potestad, parece muy conveniente que se trate de los modos por qué se acaba ó disuelve.

El 1.° es la muerte natural, porque esta es la disolucion de todos los vínculos que tenia el hombre en este mundo, y despues de ella nada le queda propio (5).

El 2.° es la muerte civil, que en derecho está equiparada á la natural. Esta, segun el derecho novísimo, solo se padece cuando alguno es desterrado perpetuamente del

(1) Real cédula de 2 de Junío de 1788.
(2) Ll. 3. tít. 20. Part. 4., 35. y 37. tít. 12., y 35. tít. 14. Part. 5.
(3) L. 3. tít. 20. Part. 4.
(4) Real cédula de 11 de Diciembre de 1796.
(5) L. 1. tít. 18. Part. 4.

reino, y le son confiscados todos sus bienes (1); pero no cuando es condenado á servir en los arsenales ó en otras obras públicas, por estar mandado que no puedan los tribunales destinar á reclusion perpetua ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno (2). Por esta razon, asi estos como todos los desterrados por tiempo cierto, no pierden la patria potestad, pudiendo á su vuelta recobrarla en los términos que la tenian antes (*).

Otra especie de muerte civil es el estado religioso, por el cual los que lo profesan dejan todas las cosas del mundo, y se tienen por muertos en él (3). Segun esto no se puede dudar que aquel que hiciere profesion en alguna religion aprobada sale por el mismo hecho de la potestad de su padre, y queda del todo sujeto á los superiores de su órden, á quienes promete obediencia.

El 3.º modo de disolverse la patria potestad es por dignidad á que sea promovido el hijo. De estas se enumeran doce en las leyes de Partida, tomadas del derecho romano, las que (á escepcion de las de obispo, tesorero y consejero) no se conocen en el dia; pero de las que se mencionan se infiere que saldrán de la potestad de sus padres todos aquellos á quienes el Rey promoviere á algun oficio

(1) L. 2. tít. 18. Part. 4.

(2) L. 13. tít. 24. lib. 8. Rec.

(*) Entre los romanos y por derecho de las Partidas se distinguia servidumbre de pena, deportacion y relegacion. Por la primer pena se padecia lo que llamaban *Capitis diminutio maxima*, y por la segunda la *media*. La servidumbre de pena se padecia cuando alguno era condenado perpetuamente á trabajar en las minas ó en las galeras del Rey. La deportacion cuando era espelido para siempre del reino con confiscacion de todos sus bienes; y la relegacion cuando era desterrado por tiempo cierto. Estas dos últimas penas estan en uso, pero no la servidumbre de pena, ni la condenacion perpetua á trabajos públicos Véase el tít. 16 de este libro, en donde se tratará esta materia de propósito.

(3) Ll. 1. y 8. tít. 7. Part. 1.

que tenga aneja jurisdiccion ó recaudacion de sus rentas, porque habilitándolos para estos cargos parece les quiso librar de otra sujecion, segun la ley 7.ª y siguientes del título 18, Part. 4.ª

4.° Salen tambien los hijos de la potestad de sus padres por la emancipacion. Segun nuestro derecho (1) se hace esta compareciendo el padre y el hijo ante el juez ordinario del lugar de su residencia, diciendo el padre en su presencia que aparta al hijo de su poder, y que le da facultad para que se maneje por sí, contratando y compareciendo en juicio cuando le sea necesario sin su autoridad paterna. El hijo debe aceptar espresamente esta dimision; pero el juez no puede declarar hecha la emancipacion sin dar primero cuenta al supremo Consejo, con el espediente instruido sobre justificacion de las causas, y de otra suerte no valdrá (2).

Si el hijo fuere menor de siete años, solo puede ser emancipado por rescripto del Príncipe (3), en cuyo caso no se necesita de su consentimiento (*).

5.° Otro modo de disolverse la patria potestad es el matrimonio contraido por el hijo con todas sus solemnidades, y con las bendiciones nupciales, porque en este caso, conforme á nuestro derecho, se tiene por emancipado (4),

(1) Ll. 15. y 17. tit. 18. Part. 4.

(2) Auto acordado 20. tít. 9. lib. 3. Rec.

(3) L. 16. tít. 18. Part. 4.

(*) Por real cédula de 27 de Octubre de 1800 está prevenido, para detener el abuso de emancipar á los hijos para que manejándose por sí gocen de la exencion del servicio militar que les concede el artículo 13, que la emancipacion para que exima del sorteo ha de recaer en hijo de veinte y cinco años de edad cumplidos, y que ha de ser aprobada por el Consejo, donde no se dará despacho de aprobacion sin que conste de dicha circunstancia, guardándose todo lo demas que en ejecucion del auto acordado 20. tit. 9. lib. 3. de la Recopilacion se acostumbra practicar.

(4) L. 8. tít. 1. lib. 5. Rec.

y le pertenece desde luego todo el usufructo de sus bienes adventicios, que le debe entregar su padre (1). Pero esta entrega no se ha de verificar, si no es que el hijo tenga la edad de diez y ocho cumplidos, porque hasta entonces no puede administrar sus bienes, ni los de su muger (2).

6.° Finalmente, pierden los padres la patria potestad y todos los derechos que tenian en sus hijos por el hecho de esponerlos, sin que se le conceda accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crianza, si no es que puedan probar que el motivo de la esposicion del hijo fue una necesidad estrema (3). La pierden tambien por el mismo hecho contrayendo matrimonio con parienta dentro del cuarto grado, ó con muger religiosa profesa (4).

Aunque por lo comun no puede ser obligado el padre á emancipar al hijo, porque la patria potestad, á manera del dominio, no se pierde sino por la enagenacion ó abdicacion voluntaria, no obstante esta regla padece algunas escepciones. 1.ª Si el padre castiga al hijo cruelmente, y sin aquella piedad y amor que es natural: 2.ª cuando obligase á sus hijas á prostituirse: 3.ª cuando admite algun legado que se le dejó con la condicion de emancipar al hijo; y 4.ª cuando consume y malgasta los bienes de su entenado que hubiese adoptado con aquella especie de adopcion que se llama adrogacion (5).

(1) L. 9. tít. 1. lib. 5. Rec.
(2) L. 14. del mismo tít. y lib.
(3) Real cédula de 11 de Diciembre de 1796, art. 25. y 26.
(4) L. 6. tít. 18. Part. 4.
(5) L. 18. tít. 18. Part. 4.

TÍTULO XIII.

DE LA TUTELA EN GENERAL.

Segun la division que dejamos hecha arriba, los hombres que no estan sujetos á potestad domínica ni patria pueden estar en tutela ó curatela, ó gozar del todo de la libre disposicion de su persona y de sus bienes. Síguese, pues, tratar en este título y los siguientes de la tutela y sus especies.

No se puede dudar que la tutela trae su orígen del derecho natural y de gentes, si consideramos que es de la mayor importancia para toda sociedad humana que sean gobernados y defendidos por otro aquellos que por sí mismos no son capaces de dirigir sus acciones ni de defenderse. Los griegos, los romanos, y todas las naciones guiadas solamente de la recta razon, cuidaron siempre de dar tutores á todos aquellos que necesitaban de direccion y defensa. Conforme á estos principios, nuestro derecho desde sus leyes mas antiguas (1) estableció que se den tutores á los impúberes, ó pupilos que no han llegado á la edad de catorce años, y curadores á los menores de veinte y cinco. Porque siendo por lo comun hasta esa edad el juicio de los hombres tan escaso y sus pasiones tan violentas, era muy fácil que fuesen engañados, que se precipitasen en los vicios, y que malgastasen y perdiesen sus bienes.

Por tutela entendemos la *fuerza y autoridad que concede el derecho sobre los mozos libres de toda potestad, para educarlos en lugar de sus padres y administrarles sus bienes mientras que ellos son capaces de hacerlos* (2). De la definicion dada nace este axioma: *la tutela es un cargo pú-*

(1) Véase el tít. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo, tít. 7. lib. 3. del Fuero Real, y tít. 16. Part. 6.

(2) L. 1. tít. 16. Part. 6.

blico. No se debe entender por esto que la tutela sea un oficio público ó concejil, pues el tutor ni administra alguna parte de la república, ni goza honor ó dignidad, ni se constituye persona pública, sino que permanece persona privada. Pero decimos que la tutela es un cargo público, porque es una ocupacion ó carga que estan obligados á desempeñar todos los ciudadanos por autoridad y mandato público. Imponiéndose, pues, á los tutores esta carga por las leyes y por los magistrados, y debiendo aceptarla siempre que no tenga una escusa legítima, con razon se llama cargo público.

Del axioma establecido se deducen dos conclusiones. 1.ª Que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores (1). La razon es, porque en los cargos públicos, cual es la tutela, se tienen por padres de familia. 2.ª Que ni los siervos ni las mugeres pueden ser tutores (2). No los siervos, porque no siendo ciudadanos, no son capaces de ejercer un cargo, para el cual es necesario ser persona, ó tener cabeza en la república. No las mugeres, porque asi por el decoro de su sexo, como por la debilidad de su juicio, les estan prohibidos los cargos públicos. Pero esta regla admite una escepcion; porque nuestro derecho establece, que no solamente sean admitidas á la tutela la madre y la abuela, sino que sean preferidas á todos los demas parientes (3). La razon que ha motivado esta escepcion es el singular amor que suelen tener á sus hijos y nietos la madre y la abuela, el que las pone á cubierto de toda sospecha de mala administracion, por lo mènos con dolo. Pero aun estas mugeres no deben ser tutoras, si no es que renuncien las segundas nupcias, y el privilegio concedido á todas las de

(1) Arg. de la ley 4. tít. 16. Part. 6.
(2) Ll. 4. y 7. tít. 16. Part. 6.
(3) L. 4. tít. 16. Part. 6.

su sexo, de no quedar obligadas á otro por fianzas (1).

Hemos visto ya quiénes pueden ser tutores: síguese ahora investigar en qué casos se les impide, ó se les suspende la administracion. Esto lo debemos juzgar por el fin de la tutela, que es el de que el tutor eduque al pupilo y administre sus bienes mientras que se hace capaz de verificarlo por sí. De aqui se infiere que todos aquellos que no son capaces de desempeñar estos cargos no pueden ser tutores. Tales son: 1.º Los menores de veinte y cinco años, porque estando ellos bajo de curatela, no se juzgan hábiles para cuidar de otros (2). 2.º Los furiosos y mentecatos, que por carecer de juicio son incapaces de toda administracion (3). 3.º Los sordos y mudos, porque estos dos impedimentos cuando se juntan en un mismo sugeto producen el mismo efecto que la insensatez (4). Pero aunque todo esto es verdad, no obstante, se debe hacer distincion entre tutela testamentaria, legítima y dativa. Si los tutores dados en testamento son menores de edad ó furiosos, ó sordos ó mudos, por ninguno de estos impedimentos se anula el nombramiento, sino que se les suspende el ejercicio, esto es, permanecen tutores; pero no se les concede la administracion de la tutela. En este caso, pues, se les nombra curador, el cual ejerce el cargo mientras que los nombrados llegan á la mayor edad, ó recobran el juicio, ó la facultad de oir ó de hablar (5). Pero si el tutor legítimo ó dativo es menor, ó furioso, ó sordo y mudo, no vale su nombramiento; y si despues de haber comenzado á ejercer el cargo contrae alguno de los mencionados impedimentos, al instante se acaba la tutela, y se nombra otro tutor al pupilo.

(1) L. 5. tít. 16. Part. 6.
(2) L. 4. tít. 16. Part. 4.
(3) Dicha ley 4.
(4) La misma ley 4.
(5) Arg. de las leyes 7. y 8. tít. 16. Part. 6.

Segun la definicion de la tutela, se deben dar tutores á los mozos libres que necesitan de educacion, y que son incapaces de administrar sus bienes. De aqui, pues, nacen tres conclusiones. 1.ª El tutor se da primariamente para la persona, no para las cosas (1); y en esto se diferencia del curador, que principalmente se da para los bienes, y no para la persona. No obstante, secundariamente pertenece al tutor la administracion de los bienes del pupilo. 2.ª Al que tiene padre no se le da tutor (2). La razon es, porque mientras vive el padre, el hijo tiene quien lo eduque y guarde; tambien porque en todo ese tiempo el hijo está en su potestad, y asi no es del todo libre. 3.ª Al siervo no se da tutor (3). Esta conclusion tiene una razon semejante. El siervo está en la potestad domínica, y asi no es pupilo libre; luego no puede tener tutor.

La tutela, segun hemos insinuado ya, es de tres maneras: testamentaria cuando el padre da tutor á sus hijos en su testamento: legítima cuando reciben la tutela aquellas personas que son llamadas por la ley, cuales son los consanguíneos mas cercanos del pupilo; y dativa cuando el juez nombra el tutor por falta de unos y otros (4). De aqui se infiere que los testamentarios son llamados á la tutela por el testador, los legítimos por la ley, y los dativos por el magistrado. Entre estas especies de tutela se guarda este órden. En primer lugar entran los tutores testamentarios; de suerte que habiéndolos no se admiten los legítimos; y por falta de una y otra tutela el juez nombra tutor.

El fundamento de esta division está tomado de la semejanza que hay en derecho entre la tutela y la herencia,

(1) L. 1. tít. 16. Párt. 6.
(2) Dicha ley 1. al princip.
(3) La misma ley.
(4) L. 2. tít. 16. Part. 6.

porque asi como el heredero instituido en testamento escluye á todos los demas, asi el tutor testamentario. Asi como cuando no hay heredero suceden los herederos legítimos, de la misma manera faltando el tutor testamentario son llamados los legítimos. Finalmente, asi como cuando no hay heredero alguno, ni testamentario, ni legítimo, sucede el fisco, asi en falta de las otras dos especies de tutores nombra el juez. Este es el fundamento en que estriba esta division, y de cada una de estas especies de tutela se tratará en título separado.

TÍTULO XIV.

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

La primera especie de tutela es la testamentaria, que es la que da el padre en su testamento á los hijos que estan en su potestad (1). El fundamento, pues, de esta tutela no es otro que la patria potestad. De aqui se infiere que solo aquel que tiene á sus hijos en su potestad puede darles tutor. De este principio se deduce fácilmente la razon: 1.ª porque la madre, la abuela y otras personas estrañas no pueden dar tutor en su testamento, y es porque solo el padre tiene á los hijos en su potestad, y no la madre ni la abuela, y mucho menos otras personas estrañas. Asimismo 2.ª porque aun el padre carece de esta facultad para con los hijos emancipados, porque los emancipados estan ya fuera de la patria potestad: 3.ª porque puede darse tutor en testamento aun á los hijos desheredados, porque la desheredacion priva de la herencia, pero no es modo de disolverse la patria potestad. Se podria objetar á esto que el desheredado no necesita de tutor estando privado de la herencia que habia de administrar el tutor; pero la respuesta es clara. Segun hemos dicho antes

(1) Ll. 2. y 3. tít. 16. Part. 6.

el tutor se da primeramente para la persona; y así, aunque nada tuviese el pupilo, puede dársele tutor; fuera de que el desheredado puede tener otros bienes heredados de la madre ó de sus parientes: 4.ª porque se puede dar tutor en testamento aun á los póstumos que por no haber todavia nacido no estan realmente en la patria potestad (1), porque siempre que se trata de la comodidad de los póstumos se tienen por ya nacidos (2); luego tambien deben reputarse por hijos que estan en la potestad de sus padres, y por consiguiente puede darles tutor.

Pueden ser dados tutores en testamento todos aquellos que son capaces de ejercer los cargos públicos, v. gr., los siervos, dándoles libertad, y los hijos de familia, pero no los obispos ni religiosos. Los clérigos de órden sacro pueden serlo legítimos, pero no testamentarios, como tampoco las mugeres. Sobre esto es digno de notarse que mas facultades conceden las leyes al padre que nombra tutor en su testamento, que al juez que lo da de oficio. El juez no puede dar por tutor á un loco, á un menor, á un sordo y mudo, porque semejante nombramiento seria nulo; pero vale el que un testador haga en cualesquiera de estas personas que tienen actual impedimento para ejercer la tutela. Porque aunque inmediatamente que son nombrados no administren, sino que se dé curador al pupilo por el juez, no obstante es válido su nombramiento, y se les debe conceder la administracion luego que llegan á la mayor edad, ó recobran el juicio, ó el oido y habla.

Puede tambien el testador nombrar tutor á sus hijos puramente, bajo de condicion, desde cierto dia, y para tiempo cierto (3), lo que tampoco puede hacer el juez, que siempre lo debe dar puramente conforme á la práctica de

(1) L. 3. tít. 16. Part. 6.
(2) L. 3. tít. 23. Part. 4.
(3) L. 8. tít. 16. Part. 6.

España. La razon es, porque el defecto que resulte del nombramiento del padre puede ser suplido por el juez; pero el de éste nadie lo puede suplir, y asi quedaria tal vez desamparado el pupilo por mucho tiempo (1). Pero no puede el padre dar por tutor á una persona incierta, porque no se puede suponer confianza en una persona desconocida del testador; y asi si se nombrase tutor á uno, cuyo nombre es comun á dos, no habiendo pruebas ciertas de cuál de ellos es de quien habló el testador, ninguno de los dos será tutor (2).

Resta tratar de la confirmacion de los tutores, que se acostumbra hacer por el magistrado. Pero hay bastante diferencia entre la confirmacion de que hablan las leyes y la que se usa al presente. En el dia de hoy todos los tutores se confirman por el juez, si no es que el testador les confiera facultad de administrar sin dicha confirmacion (3). Segun la ley de Partida solo los testamentarios, y estos no todos, sino algunos (4). Conforme á la práctica del dia se confirman ó se les discierne el cargo, aun á los que estan legítimamente nombrados tutores, por derecho solamente á aquellos que han sido dados viciosamente en testamento. De aqui se deduce que hablando en rigor de derecho la confirmacion es *un acto por el cual el juez confirma y aprueba el tutor testamentario dado viciosamente.* Es necesaria, pues, la confirmacion judicial, á la que nuestros prácticos llaman *discernimiento del cargo*, siempre que hay vicio en el nombramiento del tutor testamentario. Este vicio ó defecto ó está en el testador mismo, ó en el modo de dar el tutor. Estará en el testador siempre que lo dé el que no tenga patria potestad en los hijos, v. gr., la madre ó el

(1) Feb. cinco juic. lib. 1. cap. 1. §. 2. n. 62.
(2) L. 7. al fin, tít. 16. Part. 6.
(3) Feb. lib. 1. cap. 1. §. 2. n. 56.
(4) L. 8. tít. 16. Part. 6.

abuelo, supuesto que el fundamento de esta tutela es la patria potestad ; luego el que da tutor á unos pupilos que no estan en su potestad lo da viciosamente. En el modo de dar el tutor hay vicio sino lo nombra en testamento ó codicilo. En ambos casos el nombramiento de tutor debia ser nulo; mas en atencion á la insigne confianza que se infiere tener el testador de la persona nombrada, ha parecido conveniente que semejantes tutores sean confirmados por el juez, y que de este modo se subsane el defecto de su nombramiento (1).

Se puede hacer la confirmacion de dos maneras, ó sin inquisicion ó con ella. Sin inquisicion se hace si el padre da tutor en su testamento, pero viciosamente, lo que puede acontecer de tres maneras. 1.ª Si dió tutor al hijo emancipado. 2.ª Si lo dió á su hijo natural, pues en uno y otro caso carece de patria potestad. 3.ª Si lo dió en testamento imperfecto, ó en otra disposicion ilegítima. En estos casos debe ser confirmado el tutor por el juez sin inquisicion, porque siempre se presume que el padre ha procurado el mayor bien de sus hijos, si no es que hubiere causas que impidan la confirmacion. Por el contrario, con inquisicion son confirmados los tutores en estos casos: 1.º Si la madre da tutor á sus hijos, á quienes instituye por herederos. 2.º Si el padre lo da á sus hijos naturales no instituidos por herederos. 3.º Si un estraño da tutor á un pupilo á quien deja su herencia (2). En todos estos casos no hay facultad en el testador para el nombramiento de tutor por falta de patria potestad : no obstante el juez lo confirma, pero con inquisicion. Esta se reduce á investigar: 1.º Si será útil al pupilo esta tutela. 2.º Si el tutor es hombre bueno ó malo. 3.º Si es amigo ó enemigo del pupilo &c.

(1) L. 8. tít. 16. Part. 6.
(2) Ll. 6. y 8. tít. 16. Part. 6.

TÍTULO XV.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA.

La segunda especie de tutela es la *legítima*. Se llama asi, porque estos tutores no son nombrados por el testador ni por el juez, sino que la misma ley los llama á la tutela. Esta es de cuatro maneras: 1.ª La de los parientes inmediatos, de que se trata en este título. 2.ª La de los patronos para con sus libertos, en el diez y siete. 3.ª La del padre para con su hijo emancipado antes de la pubertad, en el diez y ocho. 4.ª La del hermano para con su hermano emancipado y menor de catorce años. Estas tres últimas especies en el dia de hoy casi estan sin uso. La primera es bastante usada, por lo que se debe tratar con mas estension.

Tiene lugar esta tutela legítima cuando el padre muere intestado, porque es regla general que *habiendo tutor testamentario no se admiten los legítimos*. Solo, pues, son admitidos cuando el padre del pupilo muere intestado (1). Se dice morir el padre intestado no solo cuando del todo no hizo testamento, sino tambien cuando aunque lo haya hecho nada dispuso acerca de la tutela. En los dos casos referidos tiene lugar la tutela legítima. La razon porque habiendo tutor testamentario es escluido el legítimo se deduce del principio que hemos esplicado arriba. La tutela es semejante en derecho á la herencia; luego asi como faltando heredero instituido en el testamento sucede el legítimo, asi no habiendo tutor testamentario el pariente mas cercano, á que llamamos legítimo, recibe la tutela.

El fundamento de esta tutela se deduce bien claramente de lo dicho. Equiparándose en derecho la tutela á la he-

(1) L. 9. tít. 16. Part. 6.

rencia, formaron los jurisconsultos este axioma: *á donde corresponde el provecho de la herencia, alli mismo debe ir la carga de la tutela.* Esta regla casi con las mismas palabras se halla en la ley 10, tít. 16, Part. 6.ª Ahora, pues, llamando la ley á los parientes mas cercanos al provecho ó utilidad de la herencia, es muy justo que los mismos sean llamados al cargo de la tutela.

De este axioma inferimos que deben ser tutores legítimos del pupilo, que no le tiene testamentario, sus parientes consanguíneos mas cercanos por ambas líneas (1); y habiendo muchos en igual grado lo serán todos (2). Pero en este caso para evitar los disturbios que pueden nacer entre ellos deben elegir entre sí quién ha de ejercer la tutela; y no concordando puede el juez nombrar al que estime mas idóneo y de mayor seguridad, y solo éste será tutor en efecto, y los demas se tendrán por honorarios (3). Si el pupilo tiene madre la pertenece ante todos esta tutela, y si no la quiere, á la abuela (4), y en defecto de ambas deben entrar los parientes como se ha dicho.

TÍTULO XVI.

CUÁNDO PIERDEN LOS PARIENTES EL DERECHO Á LA TUTELA POR LA PÉRDIDA DEL ESTADO Ó DE LA CABEZA.

Entre los romanos se llamaba *cabeza* todo aquel cuyo nombre se escribia en las tablas del censo ó padron general de la república. Mas como en ellas no se escribian sino los hombres libres, los ciudadanos y los padres de familia, de aqui dimanó que lo mismo fuera tener cabeza que gozar

(1) Ll. 9. tít. 16. Part. 6., y 2. tít. 7. lib. 3. del Fuero Real.
(2) Dicha ley 9.
(3) L. 11. tít. 16. Part. 6.
(4) L. 9. del mismo tít.

de algunos de los estados de libertad, de ciudad ó de familia. Cualquiera, pues, que no tiene alguno de estos se dice en derecho que no tiene cabeza, v. gr., el siervo. Aquel qué tuvo los tres y los perdió todos ó alguno de ellos se dice que *perdió la cabeza: capite minuit* (1).

Con lo dicho se entiende fácilmente esta definicion: pérdida de cabeza no es otra cosa que *la mutacion del estado que se tenia en la república* (2); luego cuando alguno de hombre libre pasa á ser siervo, de ciudadano á peregrino, ó de padre de familias á hijo, hay pérdida de cabeza; y no al contrario si de siervo pasa á libre, de peregrino á ciudadano, y de hijo á padre de familias. Siendo, pues, de tres maneras la cabeza ó el estado, de libertad, de ciudad y de familia, tambien es de tres maneras la pérdida de cabeza, *máxima, media y mínima.* La máxima es por la que se pierde la libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y de familia, porque cuando alguno es hecho siervo, necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familias. Media es por la que se pierde el derecho de ciudad: el que padece esta mutacion queda en realidad hombre libre; pero se hace estrangero y deja de ser padre de familias. Mínima es por la que se pierden los derechos de padre de familias, no obstante que se conservan los de la libertad y de ciudad (3). En una palabra, la máxima se opone al estado de libertad, la media al estado de ciudad, y la mínima al estado de familia. La máxima y media se llaman en derecho muerte civil (4).

Hemos visto ya qué sea la triple pérdida de cabeza: veamos ahora quiénes la padecen. La máxima la padecian: 1.º Los que eran tomados por los enemigos. Entre nosotros

(1) L. 18. tít. 1. Part. 6.
(2) Dicha ley 18.
(3) La misma ley.
(4) L. 2. tít. 18. Part. 4.

permanecen libres, pero entre los romanos eran hechos siervos, y asi perdian el estado de libertad, y no lo recobraban, si no es que volviesen á su casa, que entonces por el derecho de *postliminio* eran restablecidos en todos sus derechos (1). 2.º Los mayores de veinte años que dolosamente se vendian por medio de otro para gozar del precio (2). Estos quedando siervos en pena de su fraude perdian el estado de libertad, y padecian la máxima pérdida de cabeza. 3.º Los siervos de la pena: estos tuvieron su orígen en Roma, porque por la ley Porcia estaba mandado que los ciudadanos romanos no pudiesen ser castigados con azotes, ni condenados al último suplicio. En fuerza de esta ley siempre que algun magistrado se atrevia á imponer semejantes penas á algun ciudadano romano, levantaba éste la voz y decia: *soy ciudadano romano*, é inmediatamente se le debia dejar en libertad. Tenemos un ejemplo de esto en el libro de los Hechos Apostólicos, en donde se cuenta que el Apóstol S. Pablo se libró de este modo de la crueldad del tribuno de los soldados (3). Gozando, pues, de un privilegio tan exorbitante los ciudadanos romanos, y no siendo posible que una república se conserve sin facultad de castigar á los facinerosos con las penas correspondientes, fue necesario que fingiesen que aquellos que eran condenados al último suplicio por la sentencia capital se habian hecho siervos, y por consiguiente que ya no eran ciudadanos. Mas como no puede haber siervo sin señor, y el condenado á muerte no pasaba al dominio de otro, fingieron tambien que la pena era como su señor, y por tanto se llamaban siervos de la pena.

Este fue el orígen de la servidumbre de pena entre los romanos. Nuestras leyes de Partida la esplican con diferen-

(1) L. 1. tít. 29. Part. 2.
(2) L. 1. tít. 21. Part. 4.
(3) Act. Ap. cap. 22. v. 24. 25. et 26.

cia. Segun ellas es llamado siervo de la pena aquel que es condenado á trabajar perpetuamente en obras públicas, ó en otros servicios penosos de utilidad pública (1). Tales eran antiguamente remar en las galeras y trabajar en las minas de azogue; pero habiéndose abolido del todo estas penas, solo han quedado las de presidio y arsenales, condenando á los reos incorregibles y del todo abandonados á los trabajos penosos de bombas y otras maniobras ínfimas, atados á la cadena de dos en dos, sin arbitrio ni facultades en los gefes para su soltura ni alivio. No obstante, en el dia ni con impropiedad puede llamarse esta servidumbre de pena, por faltarle la calidad de ser perpetua. En efecto, el amor á la humanidad hizo atender á que la penalidad y afan de estos trabajos era insufrible; y asi, con la mira de evitar el total aburrimiento y desesperacion de los infelices que se veían sujetos á su interminable sufrimiento, se dispuso que no pudieran los tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en los arsenales, á reo alguno; por lo que no hay ya servidumbre de pena, ni tampoco caso alguno en que segun la práctica del dia se padezca la perdida de cabeza que llamaban máxima.

La media padecian entre los romanos: 1.ª Aquellos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego. Esta pena se originó de que los ciudadanos romanos gozaban el privilegio de no perder contra su voluntad los derechos de ciudad. Segun esto, para privar de ellos á algun delincuente era necesario mandar, no que saliese para un destierro, porque á esto, segun hemos dicho, no podia ser obligado, sino á que no usase de agua ni de fuego. Notificada al reo esta sentencia, se le ponian guardias para que le impediesen usar de ambos elementos. Mas como de esta suerte no

(1) Ll. 2. tít. 18. Part. 4., y 18. tít. 1. Part. 6.

podia vivir, se veía obligado á salir de la ciudad y trasladarse á otra, perdiendo de este modo los derechos de ciudadano romano. 2.° La misma padecian los deportados. Estos eran unos hombres desterrados perpetuamente por sus delitos, y mandados conducir á alguna isla despues de haberles confiscado todos sus bienes (1). Se distingue la deportacion de la relegacion en que en esta no se confiscan los bienes, y puede ser por tiempo cierto; por lo que la primera hace perder los derechos de ciudad, y no la segunda. De la deportacion y relegacion hablan las leyes de Partida casi en los mismos términos que el derecho de los romanos (2).

La mínima pérdida de cabeza padecian los adrogados y los emancipados; pero segun nuestro derecho solo la padecen los primeros, porque de hombres libres de toda potestad ó padres de familia se hacen hijos, y se reducen á la patria potestad del adrogante (3).

En el dia por ninguna de estas pérdidas de derechos se pierde el que los parientes consanguíneos tengan á la tutela de sus parientes pupilos. Pero por razon de ser infame aquel á quien por sus delitos se impongan las penas de presidio, arsenales ó destierro, deberia ser privado de la tutela legítima, aun cuando cumplido el tiempo de su condena volviese á la ciudad (4).

(1) L. 2. tít. 18. Part. 4.
(2) Ll. 2. y 3. tít. 18. Part. 4.
(3) L. 7. tít. 7. Part. 4.
(4) Arg. de la ley 7. tít. 6. Part. 7.

TÍTULOS XVII, XVIII y XIX.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PATRONOS, DE LOS PADRES Y DE LOS HERMANOS.

Entre las tutelas legítimas, ó que corresponden por ministerio de la ley, numeramos la de los patronos. Patrono se dice aquel que dió la libertad graciosamente á un siervo. Entendemos, pues, por tutela legítima de los patronos la que pertenece conforme á derecho al patrono en el liberto manumitido antes de la pubertad (1).

El fundamento de esta tutela es el mismo que el de la legítima de los consanguíneos: *á donde corresponde el provecho de la herencia, allí mismo debe ir la carga de la tutela* (2). Ahora, pues, como muriendo sin hijos el liberto y sin padre ó madre, ni otro pariente de los que conforme á derecho le habian de heredar, sucedia el patrono, se infiere de aqui que debia ser su tutor legítimo (3).

Tutela legítima de los padres se llamaba la que ejercian estos en los hijos emancipados antes de la pubertad (4). En el dia, como ninguno puede emancipar á sus hijos menores sin autoridad real, ó aprobacion del Consejo en sus respectivos casos, dificilmente tiene lugar esta tutela.

La tutela fiduciaria es la que ejercia el hermano mayor de veinte y cinco años en su hermano emancipado y menor de catorce años despues de muerto su padre, que era su tutor legítimo (5). Pero esta tutela nunca ha tenido ni puede tener lugar entre nosotros, pues aunque se verifi-

(1) L. 10 tít. 16. Part. 6.
(2) Dicha ley 10.
(3) Dicha ley 10. tít. 16. Part. 6.
(4) La misma ley 10.
(5) Dicha ley 10.

que el caso que se figura, entrará el hermano á ser tutor, pero no fiduciario, sino legítimo, por ser el pariente mas cercano del pupilo.

TÍTULO XX.

DE TA TUTELA DATIVA.

Hasta aqui hemos esplicado dos especies de tutela, la testamentaria y la legítima: resta la tercera, que es la dativa. Se llama asi, porque este tutor es dado no en testamento ni por ley, sino por el juez. Definiremos, pues, esta dacion de tutor: *un acto por el cual el magistrado, con autoridad de la ley, nombra tutor al pupilo que no le tiene testamentario ni legítimo* (1). De esta definicion inferimos: 1.º Que para conseguir el fin de esta tutela, que es que el pupilo y sus bienes no padezcan detrimento, debe ser dado el tutor puramente, y de ninguna manera con condicion que suspenda su oficio, ó que no sea concerniente al acto, ni á dia cierto, ni para cierto tiempo, como puede suceder en el testamentario (2). La razon de diferencia ya la hemos insinuado, y es porque el defecto del testador puede ser suplido por el juez nombrando curador al pupilo; pero el de éste no hay por quien se supla, y por tanto quiere el derecho que en el acto mismo se provea á la necesidad del huérfano desamparado. 2.º Que esta tutela es subsidiaria, es decir, que no tiene lugar sino en falta de tutor nombrado en el testamento, ó de parientes cercanos que lo sean conforme á derecho (3). 3.º Que procediendo el magistrado en este nombramiento con autoridad de la ley, segun ella debe dar el tutor el juez ordinario del domicilio

(1) L. 12. tít. 16. Part. 6.

(2) L. 8. tít. 16. Part. 6., y en ella Gregorio Lopez n. 4. v. se condicion.

(3) L. 12. tít. 16. Part. 6.

del pupilo, ó del lugar en que nació, ó en donde tiene la mayor parte de sus bienes. Pero si todos los referidos nombrasen, será preferente el nombramiento del que conste haberlo hecho primero; y si todos los hubieren hecho al mismo tiempo, preferirá el del juez del domicilio del pupilo (1). De esta regla se esceptúan los hijos primogénitos de los grandes, á quienes da el Rey tutor por sí mismo, ó confiere especial comision á algun magistrado para que se lo dé (2).

Ultimamente, deben pedir al juez este tutor, en primer lugar la madre y parientes del pupilo. Y en caso de que nadie lo pidiese, y llegase á noticia del juez el desamparo del pupilo, puede nombrarlo de oficio (3), en virtud de la potestad que le concede el derecho. Deberá darlo por sí mismo si los bienes del pupilo valiesen mas de quinientos maravedís; pero si no ascendieren á esta cantidad podrá delegar al inferior la dacion de tutor (4).

TÍTULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

Hemos visto hasta aqui todas las especies de tutores: síguese ahora tratar de sus oficios. Estos, unos tienen por objeto la persona del pupilo, y otros la administracion de sus bienes. Entre los que miran al cuidado de la persona del pupilo los principales son: 1.º Darle educacion, é instruirle en aquellas ciencias ó artes que sean convenientes, atendidas las circunstancias de su familia, nacimiento y facultades (5). 2.º Alimentarlo del modo y en los términos

(1) L. 12. tít. 16. Part. 6.
(2) L. 14. tít. 5. lib. 2. Rec.
(3) L. 12. tít. 16. Part. 6., y en ella Gregorio Lopez n. 7.
(4) Dicha ley 12.
(5) L. 16. tít. 16. Part. 6.

que el padre haya dispuesto en su testamento, ó en los que el juez dispusiere con consideracion á los haberes del pupilo, cuidando que estos gastos puedan hacerse de los réditos ó frutos de sus bienes, y no con los principales ó propiedades (1).

3.º Con el nombre de alimentos se entiende, no solo la comida, vestido y habitacion, sino tambien todos los demas gastos que sean necesarios para conseguir la conveniente ilustracion del pupilo, asi en lo moral como en lo civil (2). 4.º La habitacion ó casa debe ser la que el padre haya señalado al pupilo en su testamento, y no habiendo señalado alguna, se criará en la de la madre, y en su falta, ó casándose ésta, en donde determine el juez; pero de ninguna suerte en casa de aquel que puede heredar sus bienes (3).

El cuidado de los bienes del pupilo compone la segunda parte de los oficios del tutor. Este consiste principalmente en que intervenga en todos los contratos y negocios del pupilo. Dijimos arriba que la tutela era una fuerza y autoridad que concede el derecho en los mozos libres de toda potestad. Sobre esto es digno de observarse que estas dos palabras no son sinónimas, sino que la *fuerza* denota una facultad mayor que la *autoridad*. La fuerza, pues, la ejercen los tutores en los infantes, y la autoridad en los mas adultos. La infancia dura hasta el año séptimo de la edad: el tiempo que corre desde los siete años hasta la pubertad se divide en dos partes iguales: en la primera se dice el pupilo próximo á la infancia, y en la segunda próximo á la pubertad. Segun estas reglas, para mayor claridad diremos que el hombre se llama infante hasta los siete años: próximo á la infancia hasta los diez

(1) Ll. 19. y 20. tít. 16. Part. 6.
(2) L. 16. tít. 16. Part. 6.
(3) L. 19. del mismo tít.

y medio: próximo á la pubertad hasta los catorce: en los catorce puber: plenamente puber hasta los diez y ocho; y mayor á los veinte y cinco. La muger será infante hasta los siete años: próxima á la infancia hasta los nueve y medio: próxima á la pubertad hasta los doce: puber en los doce: plenamente puber á los catorce; y mayor á los veinte y cinco. Estos términos de la edad se deben tener presentes y observarse con cuidado.

No se puede dudar que mayor debe ser la potestad del tutor en el pupilo infante que en el que se halla próximo á la infancia ó á la pubertad. Cuando el pupilo es infante nada puede hacer por sí, sino que todo lo hace el tutor en su nombre, y en este caso se dice propiamente que administra (1). Mas si el pupilo se halla próximo á la infancia ó á la pubertad, puede hacerlo todo con tal que su tutor esté presente, y apruebe lo que ha de obrar (2), en cuyo caso se dice que interpone su autoridad. Esto se verá mas claramente con dos ejemplos. Un pupilo infante no puede contraer, aceptar una herencia ó mover un pleito: todo esto es necesario que lo haga el tutor en su nombre, y aun sin noticia del pupilo. Por el contrario, el mayor de siete años contrae legítimamente, acepta herencia ó mueve pleito siempre que esté presente su tutor, y que todo lo obre con su aprobacion y autoridad. De aqui nace que la palabra latina *auctoritas* se tenga por derivada del verbo *augeo*, porque en realidad el tutor aumenta y completa lo que falta á la persona del pupilo. El infante casi no es persona por falta de uso de razon, y por tanto obra el tutor en su nombre; pero el que es mayor de esa edad, aunque es persona en realidad, por la debilidad del juicio se reputa por media persona. Viene, pues, el tutor á completar lo que falta á este pupilo, y aumen-

(1) L. 17. tít. 16. Part. 6.
(2) La citada ley 17.

tar su persona cuando aprueba y consiente. Por tanto esta aprobacion y consentimiento del tutor es lo que propiamente se llama autoridad.

De estos principios nace la definicion de la autoridad. Es, pues, *un acto por el cual el tutor aprueba lo que el pupilo mayor de la infancia obra, capaz de hacer peor su condicion* (1). Se dice que es un *acto*, porque no basta la taciturnidad del tutor, sino que se requiere licencia ó aprobacion espresa, lo que significa la palabra *otorgamiento*, de que usa nuestro derecho (2). Se dice que *por él aprueba el tutor lo que el pupilo mayor de la infancia obra*, porque si el pupilo es todavia infante, nada puede obrar, sino que entonces el tutor lo administra todo; luego no interpone autoridad. Se dice últimamente *capaz de hacer peor su condicion*, porque, como veremos despues, puede el pupilo sin autoridad de su tutor hacer mejor su condicion, pero de ninguna manera hacerla peor (3): v. gr., si Ticio dona al pupilo una onza de oro, es válida la donacion, aunque el tutor no esté presente ni la apruebe; pero si el pupilo promete á Ticio un caballo, no nace obligacion de esta promesa, si no es que el tutor la hubiese autorizado (4).

De la definicion que hemos esplicado se deducen dos axiomas. 1.° La autoridad del tutor es necesaria siempre que se intenta algun negocio del cual puede resultar peor la condicion del pupilo. 2.° El tutor mediante la autoridad suple la falta del juicio del pupilo.

El primer axioma establece que es necesaria la autoridad del tutor siempre que puede hacerse peor la condicion del pupilo, porque mejorarla puede aun sin noticia

(1) L. 17. tít. 16. Part. 6.
(2) Dicha ley 17.
(3) La misma ley 17.
(4) La propia ley 17.

ni consentimiento suyo. ¿Pero cuándo se dirá que hace mejor su condicion el pupilo, y cuándo peor? La hace mejor siempre que obliga á otro; v. gr., cuando otro le promete, le dona ó le da en comodato. La hace peor siempre que el pupilo se obliga á otro; v. gr., cuando promete, dona, da en comodato (1). De aqui nacen dos importantes conclusiones. 1.ª Que el pupilo sin necesidad de autoridad alguna puede aceptar promesas y adquirir por cualquier título lucrativo, porque de esta suerte otro se obliga al pupilo; pero el pupilo no queda obligado al otro si no interviene la autoridad del tutor. Por ejemplo, un mercader vende un relox de oro á un pupilo en cien pesos, pero sin consentimiento de su tutor. Verificada la compra, da parte el pupilo al tutor del contrato que ha celebrado: al tutor le parece bien, lo aprueba y da órden de que se entregue el precio: el mercader, que mientras tanto se habia arrepentido de la venta, quiere disolverla, fundándose en que no quedó obligado, por haber sido celebrado el contrato con un pupilo que no tiene juicio bastante para contraer. Se pregunta ahora, ¿quedaria obligado? No hay duda que sí, segun los principios sentados (2). Pero si el mercader quisiese compeler al pupilo á que pagase el precio, responderia éste muy bien que no habia podido obligarse sin consentimiento de su tutor. Es verdad que puede parecer injusto que en un mismo contrato el mercader se obligue y el pupilo quede libre; pero no es asi, porque voluntariamente se sujeta á ese gravámen el que contrae con el pupilo sin anuencia de su tutor, y por tanto no debe tener á mal que el contrato claudique, ó que no sea de una y otra parte obligatorio.

Todo lo dicho es consiguiente á los principios esta-

(1) L. 17. tít. 16. Part. 6.
(2) La misma ley 17.

blecidos: únicamente cabe duda ¿si sea necesaria la autoridad del tutor para que el pupilo admita una herencia? Podria parecer supérflua la autoridad en este caso, porque el que acepta una herencia suele hacer su condicion mejor, en cuyo caso, segun se ha dicho ya, no se requiere consentimiento ni aprobacion del tutor. No obstante, de nuestras leyes se deduce claramente que seria nula semejante aceptacion (1). La razon es, porque la aceptacion de la herencia es un cuasi contrato, por el cual se obliga el heredero, no solo á pagar á los acreedores del difunto lo que se les deba, sino tambien á los legatarios y fideicomisarios lo que se les haya dejado en el testamento; es asi que á nada puede obligarse el pupilo sin autoridad de su tutor (2), luego ni aceptar la herencia.

El segundo axioma dice que el tutor con su autoridad suple la falta de juicio del pupilo. De aqui tambien se deducen varias conclusiones. 1.ª El tutor no puede interponer su autoridad en causa propia (3), es decir, no puede el tutor interponer su autoridad en negocio que interese á él y al pupilo. La razon es, porque cuando el tutor suple falta de juicio del pupilo, uno y otro forman como una sola persona, la cual no puede contraer consigo misma. 2.ª El tutor no puede comprar cosa alguna del pupilo, porque asi interpondria su autoridad en causa propia, lo que no puede, segun hemos dicho (4). Se esceptúa el

(1) Arg. de dicha ley 17. tít. 16. Part. 6.

(2) La misma ley 17.

Pero si un pupilo admitiese por sí una herencia con beneficio de inventario, este acto seria válido, porque de él no podia resultar daño alguno, y sí mucho provecho. Esta opinion tan conforme á la equidad se funda en la misma ley 17. tít. 16. part. 6., que dispone que tratándose de cosas que sean *á pro del mozo valga el pleito* (contrato) por él hecho.

(3) Arg. de las leyes 4. tít. 5. Part. 5., 18. tít. 16. Part. 3., y 23. tít. 11. lib. 5. Rec.

(4) Ll. 4. tít. 5. Part. 5., y 23. tít. 11. lib. 5. Rec.

caso de que comprase con licencia del juez y consentimiento de los contutores, por evitarse de este modo que el pupilo sea dañado; pero si lo fuere puede pedir restitucion dentro de cuatro años despues de haber llegado á la mayor edad. 3.ª Si naciese pleito entre el tutor y el pupilo, se debe dar á éste otro tutor que lo defienda, al cual llaman *curador ad litem.* La razon es, porque el pupilo por la contestacion del pleito cuasi contrae: el que cuasi contrae se obliga: el pupilo no puede obligarse sin autoridad del tutor: el tutor no puede interponer su autoridad en causa propia; luego es necesario que se le dé otro que autorice (1).

TÍTULO XXII.

DE LOS MODOS DE FENECERSE LA TUTELA.

Todos los modos de acabarse la tutela se fundan en este axioma: *cesando la causa, cesa la tutela.* La causa de la tutela es la educacion y cuidado de aquel que por su edad no es capaz de dirigirse por sí mismo; luego si no hay necesidad de estos oficios, ó el tutor no los puede cumplir, se acabará la tutela.

De este axioma se infiere claramente que se disuelve la tutela por la muerte, ya del tutor; ya del pupilo (2). La razon es, porque muerto el primero no es ya capaz de guardar al pupilo, y muerto éste no necesita de guarda. De alli mismo se colige que la tutela no pasa á los herederos, por ser un cargo publico y personal que espira con la persona. Se esceptúa la tutela legítima que pasa á los herederos, por ser estos los parientes mas cercanos.

Otro modo de acabarse la tutela es por la pérdida de cabeza; porque como se equipára á la muerte, segun hemos

(1) Arg. de la ley 13. tít. 16. Part. 6.
(2) L. 21. tít. 16. Part. 6.

visto, se le atribuyen con razon los mismos efectos. Pero es necesario distinguir entre pérdida de cabeza del pupilo y del tutor. Por cualquiera de las tres que padezca el pupilo se acaba la tutela. No asi el tutor: éste por la pérdida máxima y media queda privado del ejercicio de su empleo, pero no por la mínima (1). La razon es esta: si el pupilo padeciese la máxima, se haria siervo: si la media, estrangero: si la mínima, hijo de familia por la adrogacion: es asi que un siervo no puede estar bajo de tutela por no ser cabeza libre, ni un estrangero por ser ésta un derecho propio de los ciudadanos, ni un hijo de familia por estar bajo la patria potestad, y al que tiene padre no se da tutor; luego en cualquiera de estos casos fenece la tutela. La razon porque el tutor que padece la máxima y media pérdida de cabeza es privado de la tutela, es porque el siervo y el estrangero no pueden ser tutores por ser incapaces por derecho de todo cargo público. La mínima no daña al tutor, porque aun el hijo de familia puede serlo, como que en los cargos públicos se reputa por padre de familia (2).

El tercer modo de acabarse la tutela es la pubertad, ó la edad de catorce años en los varones y de doce en las mugeres (3). Una de las razones porque se habia dado la tutela, y la principal, es para que el pupilo sea educado bajo el gobierno y direccion del tutor: cesa, pues, esta cuando ha llegado á la pubertad y adquirido algun juicio; pero como no tiene todavia todo el que es necesario para dirigirse por sí mismo, y administrar sus bienes, le ha proveido el derecho de otra guarda con el nombre de curatela. Esta, aunque en rigor podia llamarse continuacion de la tutela hasta la mayor edad, no se ha llamado asi

(1) L. 21. tít. 16. Part. 6.

(2) L. 4. tít. 16. Part. 6., y en ella Greg. Lopez n. 8.

(3) L. 21. del mismo tít.

porque en realidad se advierte diferencia entre los cargos del tutor y del curador: aquel, como hemos notado ya, tiene por principal objeto la persona, y éste los bienes del pupilo. Se dice, pues, con razon que á los catorce años se ha concluido la tutela, no obstante que haya de comenzar la curatela.

El cuarto modo es la llegada del dia, ó cumplimiento de la condicion con que fue dado el tutor (1). Pero este solo puede tener lugar en la tutela testamentaria, porque solo en testamento puede ser dado tutor hasta cierto dia, ó bajo de condicion. Por ejemplo, si el padre dijese en su testamento: Ticio sea tutor de mis hijos por cinco años, ó sea tutor si no tuviere hijos. En estos casos pasado el quinquenio, ó si el tutor procrea hijos, cesará la tutela, porque ya llegó el dia señalado, ó se verificó la condicion.

El quinto modo de fenecer la tutela es la escusa, y el sesto la remocion del tutor sospechoso (2). Pero como estos modos son comunes á los tutores y curadores, porque unos y otros pueden escusarse, ó ser removidos como sospechosos, se reserva el tratar de ellos en los últimos títulos de este libro.

Concluido el tiempo de la tutela, incumbe al tutor la obligacion de dar cuentas de su administracion, y entregar al menor ó á su curador todos los bienes existentes (3). Esta obligacion nace de la naturaleza misma de la tutela. En virtud de ella debe el tutor administrar la hacienda del pupilo; y es regla general que todo aquel que administra cosas agenas está obligado á darlas. ¿Pero qué arbitrio se tomará cuando el tutor se resista á verificarlo? En este caso tiene lugar la accion llamada *de tutela*, que no se debe confundir con la de sospechoso y de revision

(1) L. 21. tít. 16. Part. 6.
(2) Dicha ley 21.
(3) La misma ley 21. al fin.

de cuentas, porque se diferencian en el tiempo en que se deben entablar, y en el fin á que se dirigen. La accion de sospechoso tiene lugar durante la tutela, siempre que el tutor no desempeñe su oficio con fidelidad. La de tutela se entabla fenecida ésta, y antes de rendirse las cuentas; y la de revision de cuentas despues de dadas éstas, pero mal y con fraude. El fin de la primera es que el tutor sea removido: el de la segunda que dé cuenta; y el de la tercera que se glosen y revisen estas mismas, y que hallándose que el tutor sustrajo algo de los bienes, lo restituya con pena á arbitrio del juez (1).

En la accion de tutela se debe observar que es ó directa ó contraria. La directa se da al pupilo despues de la pubertad contra el tutor, sus fiadores y sus herederos, para que dé cuentas con pago (2): la contraria se da al tutor fenecida la tutela contra el pupilo, para que lo indemnice si ha hecho algunos gastos de su cuenta en la hacienda del pupilo, ó si ha sufrido algun daño dimanado de la tutela y sin culpa suya.

No solo debe ser indemnizado de las espensas que haya hecho de su cuenta en la administracion de la tutela, sino que á mas de esto puede abonarse y tomar para sí, por razon de su trabajo y responsabilidad en que se constituyó, la décima parte de los frutos que los bienes de su menor hayan producido mientras duró la tutela (3). Este beneficio se estiende tambien á los curadores, pero en el supuesto de que unos y otros administren y cumplan como deben sus obligaciones.

(1) Ll. 21. tít. 16., y 4. tít. 17. Part. 6.

(2) L. 21. al fin.

(3) Ll. 3. tít. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo, y 2. tít. 7. lib. 3. del Fuero Real.

TÍTULO XXIII.

DE LA CURATELA Y CURADORES.

Casi todo lo que se ha dicho hasta aquí pertenece á la tutela: síguese ahora tratar de la curatela. Esta es *una potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos* (1). Se dice *una potestad*, no con derecho de adquirir para sí, como la que tiene el padre en sus hijos, el señor en sus siervos, sino directiva, como la que compete á todos los administradores de las cosas agenas. Porque así como el tutor cuida de la persona del pupilo, y por eso su oficio es una fuerza y potestad para educarlo y defenderlo, así la curatela es una potestad de administrar las cosas y bienes. Se añade *de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos*, para denotar que los curadores se dan á los que en realidad son personas, esto es, á los mayores de catorce años, pero que por algun otro impedimento no pueden cuidar de sus cosas. Tales son los menores de veinte y cinco años, los furiosos, pródigos, los perpetuamente enfermos y ausentes (2).

De esta definicion nacen las diferencias que hay entre el tutor y el curador. 1.ª El tutor se da primeramente para la persona, y secundariamente para las cosas. 2.ª Hablando con rigor y propiedad se dice que el tutor interpone autoridad, porque es necesario que aumente y complete la persona del pupilo, y supla el defecto de la impubertad; pero como nada falta á la persona de los púberes, se dice que el curador presta consentimiento, no que interpone autoridad. 3.ª Al que tiene tutor no se le puede dar otro, pero sí curador (3); v. gr., si nace pleito entre el

(1) Ll. 12. y 13. tít. 16. Part. 6.
(2) L. 13. tít. 16. Part. 6., y en ella Gregorio Lopez n. 1.
(3) Dha. ley 13.

pupilo y el tutor, ó si este se enferma ó ausenta. 4.ª El tutor se da al pupilo aunque no lo quiera (1); pero el curador no se da al menor si no lo pide, escepto en los pleitos, para los que precisamente se le debe nombrar (2). Ultimamente, el curador se puede dar para un acto ó cosa sola; pero el tutor ha de ser para la persona y todos los negocios del pupilo (3).

Veamos ahora cuántas especies hay de curatela. La tutela dijimos que era, ó testamentaria, ó legítima, ó dativa; pero toda curatela, hablando con propiedad, es dativa (4). Es verdad que suele darse á los furiosos ó mentecatos por curador á algun pariente suyo cercano; pero á ninguno de estos corresponde la curatela por ministerio de la ley, sino por nombramiento del juez. Tampoco debe haberla testamentaria (5). La razon que motivó esta disposicion antiguamente fue que parecia absurdo que el padre dispusiese de la curatela en un tiempo en que el hijo se hallaba en estado de otorgar testamento. A la manera, pues, que la sustitucion pupilar cesa con la pubertad, porque el padre no puede dar heredero á su hijo en un tiempo en que este puede testar é instituir heredero, de la misma manera solo puede dar tutor para el tiempo que precede á la pubertad; pero no curador para despues de ella, porque entonces el hijo es capaz de testar, y asi se juzgó que la provision paterna no debia llegar hasta allá. No obstante, aunque la curatela no se debe dejar en testamento, si el padre la deja á su hijo debe confirmarla el juez, si el curador le parece á propósito para evacuar su encargo. Podemos, pues, decir que toda curatela es dativa, porque

(1) L. 1. tít. 16. Part. 6.
(2) Dha. ley 1.
(3) La citada ley.
(4) L. 12. tít. 16. Part. 6.
(5) L. 13. tít. 16. Part. 6.

siempre toma su fuerza del nombramiento ó aprobacion del juez: y de lo dicho en la definicion inferimos que tiene lugar: 1º en los menores de edad: 2.º en los furiosos y mentecatos: 3.º en los pródigos; y 4.º en los perpetuamente enfermos, ausentes ó impedidos.

La primera especie de curatela dativa es la que se da á los menores de veinte y cinco años, en consideracion á que por falta de edad no estan aptos para tomar la libre administracion de sus bienes (1). Es verdad que ninguno que haya llegado á la pubertad debe ser compelido á recibir curador sino para los negocios judiciales (2); pero tampoco puede siendo menor tratar y contratar sin tenerlo. Deben, pues, todos pedirlo y nombrarlo, y siendo idóneo el que elijieren debe ser confirmado por el juez. El medio que se ha juzgado mas oportuno para que lo pidan es no dar por concluida la tutela antes de que tengan curador, privando de la administracion de sus bienes á los que no lo tienen. De esta suerte se verifica que no se da curador sino á los que lo quieren, y que se da á todos los menores.

De esta regla se esceptúan los que obtienen del supremo Consejo vénia de edad, ó habilitacion para administrar sus bienes sin necesidad de curador. Para impetrar esta licencia ó facultad se requiere en el varon la edad de veinte años, y en la muger la de diez y ocho; y que unos y otros acrediten con informacion judicial que son hábiles para la administracion y manejo de sus cosas. Despues de impetrada es necesario que se presenten con ella al juez de su domicilio, para que les conste estar habilitados ó dispensados, y evacuar lo que por el Consejo se le ordene en ella. Verificado esto, queda el menor exento de la potestad de su curador, y puede otorgar cualesquiera contratos, y comerciar del modo que quiera, quedando eficazmente

(1) L. 13. tít. 16. Part. 6.
(2) Dicha ley 13.

obligado (1). Pero no obstante la vénia, conservan los menores el beneficio de la restitucion (2). Y como no se estiende á mas que á la administracion, si no es que se esprese, no pueden vender ni gravar sus bienes raices sin licencia del juez, ni hacer otras cosas que estan permitidas solamente á los mayores de veinte y cinco años (3).

Se esceptúan tambien los mayores de diez y ocho años casados, á quienes se les concede que puedan administrar sus bienes y los de sus mugeres sin necesidad de vénia (4); pero tampoco estos quedan privados del beneficio de la restitucion cuando hayan sido dañados, ni pueden vender sus bienes raices sin decreto del juez.

La segunda especie de curatela dativa es la de los furiosos y mentecatos (5). A estos, aun repugnándolo, se les da curador, porque la falta total de juicio los hace incapaces de la administracion de sus bienes. Como los pródigos en el efecto no distan mucho de los furiosos, por no saberse conducir como sensatos y cuerdos, los ha equiparado el derecho; y asi como previene que se dé curador á estos, se debe dar tambien á aquellos, porque donde milita la misma razon, debe tener lugar la misma disposicion de derecho (6). Pero es necesario hacer distincion entre pródigos moral y jurídicamente tales. Los primeros son todos aquellos que ninguna economía observan en los gastos, de suerte que dilapidan sus bienes. En este sentido no se toma aqui la palabra, porque si á todos los pródigos de este género se hubiese de dar curador, se encontrarian muchos á quienes seria muy conveniente nombrárselo. Pródigos jurí-

(1) Auto acordado 26. tít. 5. lib. 3. Rec.
(2) Arg. de la ley 207. de Estilo, y 5. tít. 11. Part. 5.
(3) Feb. Ref. parte 1. cap. 28. n. 38.
(4) L. 14. tít. 1. lib. 5. Rec.
(5) L. 13. tít. 16. Part. 6.
(6) L. 5. tít. 11. Part. 5.

dicamente son los que el juez con conocimiento de causa ha declarado tales, y en su consecuencia les ha prohibido que administren sus bienes. A estos únicamente se les debe nombrar curador, ya sea pariente suyo, ya estraño; y verificado esto á nada pueden obligarse sin su consentimiento, como si fueran menores (1).

Finalmente, se puede nombrar curador á los perpetuamente enfermos, ausentes ó de otra manera impedidos (2), porque en todos tiene lugar la razon fundamental de la curatela, que hemos dado en la definicion.

Pueden dar curadores los mismos jueces que dan tutores, y pueden ejercer este cargo todos los que son hábiles para ejercer el de la tutela, y por tanto los hijos de familia, como sean mayores de veinte y cinco años. Pero no podrá ser obligado á que reciba la curatela el mismo que fue tutor del pupilo (3); y la razon es, porque seria cosa incivil gravar á un amigo con una doble carga. No obstante, en el dia está recibido que el que fue tutor continúe en la curatela hasta la mayor edad.

Se acaba esta por parte de aquel á quien se ha dado curador, siempre que cesa la causa porque se dió. Por ejemplo, cesando la locura cesa la curatela del loco: cesando la prodigalidad, enfermedad, ó la menor edad, cesa la de los pródigos, enfermos ó menores, siendo principio constante que cesando la causa debe cesar el efecto. Por parte del curador, se acaba por escusa legítima que pruebe, v. gr., que tiene necesidad de ausentarse del lugar. Lo mismo debe decirse cuando por no administrar con fidelidad es removido como sospechoso (4). Pero de estos dos modos trataremos en los últimos títulos.

(1) L. 5. tít. 11. Part. 6.
(2) L. 12. tít. 2. Part. 3., y 13. tít. 16. Part. 6.
(3) L. 3. tít. 17. Part. 6.
(4) L. 21. tít. 16. Part. 6.

Acabada la curatela competen al menor contra su curador, y á este contra aquel, las mismas acciones que dijimos tener el pupilo contra su tutor, y este contra el pupilo (*).

TÍTULO XXIV.

DE LAS FIANZAS QUE DEBEN DAR LOS TUTORES Y CURADORES.

Hasta aqui hemos tratado de la tutela y curatela separadamente. Síguense ahora algunas cosas que son comunes á los tutores y curadores. Estas son las fianzas, las escusas y el crímen de sospechoso, que son la materia de los títulos restantes.

Aunque todas las cauciones tienen por objeto que los acreedores no sean fácilmente defraudados de sus créditos, no obstante, hay muchos casos en que no se puede admitir otra sino la *fideiusoria*. Tal es el de los tutores y curadores, á los que, no afianzando con bastante seguridad, no se les debe discernir la tutela ó curaduría; es nulo cuanto ejecuten, y se les puede privar de la administracion. La principal razon de esto es porque es indeterminada la cantidad á que puede ascender el daño que el tutor ó cura-

(*) Esta accion de la curatela se llama *útil* en las leyes de los romanos. La razon era porque todas aquellas acciones que nacian inmediatamente de las palabras de la ley se llamaban *directas*, y las que los jurisconsultos deducian por interpretacion tomada de la razon de la ley se decian *útiles*. Ahora, pues, como las leyes de las doce tablas sólo habian hecho mencion de la accion de la tutela, sin hablar nada de la de la curatela, juzgaron los jurisconsultos que aquella misma podia acomodarse á los curadores, porque donde hay la misma razon debe haber la misma disposicion de derecho. Entre nosotros no se necesita de esta accion útil, porque tanto la de tutela como la de curatela se hallan espresas en la ley 21. tít. 16. Part. 6., que con el nombre de *guardadores* entiende á los tutores y curadores.

dor cause al pupilo: luego si diese prendas que valiesen, v. gr., cinco mil pesos, y despues al tiempo de las cuentas se advirtiese un descubierto de diez mil, habria sido inútil al pupilo la caucion *pignoraticia*. Son, pues, absolutamente necesarios los fiadores para que prometan y aseguren que en todo evento estará salva la hacienda del pupilo.

Con lo dicho se viene fácilmente en conocimiento de la razon por qué se han inventado estas fianzas. La primera, porque aunque el tutor se da principalmente para la persona, no obstante administra los bienes del pupilo, y el curador se da principalmente para las cosas. Siendo, pues, regla general que todos los que administran cosas agenas deben dar cuenta y afianzar, se sigue que es muy justo que los tutores y curadores tengan la misma obligacion. A esto se añade la especial conmiseracion de que son dignos los huérfanos, porque importa á la república que aquellos que se hallan desamparados y destituidos de todo socorro tengan seguros sus bienes por la vigilancia de los magistrados. Todo esto no se podria conseguir sino afianzando los tutores y curadores.

Pero como no todos indistintamente esten obligados á ello, se hace preciso investigar cuáles son los que deben prestar esta caucion, y cuáles no. Sobre este punto estableceremos un axioma general, del cual se deducen algunas conclusiones especiales. Este es: *que todos los tutores y curadores en quienes cabe alguna sospecha estan obligados á afianzar*. Se hará claro este axioma teniendo presente el fin de esta caucion, el cual, segun ya hemos anotado, es el de que los bienes del pupilo esten seguros, asi de la malicia como de la negligencia del administrador: luego si ningun peligro se teme de que el tutor ó curador defraude al pupilo, ó le cause daño en sus bienes, cesando la causa debe tambien cesar el efecto, que es la fianza. De este axioma inferimos: 1.° quiénes no dan fianzas: 2.° los que estan obligados á darlas.

No tienen obligacion de afianzar los tutores dados en testamento, sean ó no confirmados por el juez (1). La razon es, porque el padre, por el hecho mismo de nombrarlos, da una prueba bastante de estar plenamente informado de la probidad de aquel que da por tutor á su hijo, y de que está satisfecho de su fidelidad y diligencia en el cuidado y administracion de la persona y bienes del huérfano. No teniendo, pues, lugar en estos sospecha alguna, segun nuestro axioma deben estar libres de la obligacion de afianzar.

Por el contrario se infiere que estan obligados á dar fianzas: 1.º todos los legítimos, aunque sean la madre y abuela (2). La razon es, porque estos ni son nombrados por el testador, ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la ley, y no por mas diligentes, sino por parientes mas cercanos, por tanto en ellos tiene lugar cualquiera sospecha, y conforme á nuestro axioma deben afianzar: 2.º todos los curadores y tutores dados por los jueces ordinarios (3), asi porque no suelen tomarse todos los informes necesarios acerca de su conducta y habilidad, como porque no residen en ellos facultades para eximirlos de las fianzas. La práctica es, que aun á los que se dan por los tribunales supremos se les mande afianzar, si no es que las circunstancias recomendables del tutor ó curador hagan que se les dispense esta formalidad: 3.º tambien estan obligados á afianzar aun los testamentarios que se ofrecen á la administracion (4), porque se presume que no se ofrecerian si no esperáran lucro: el que tiene esta mira en los bienes del pupilo da lugar á sospecha; luego debe afianzar.

Hemos visto ya de qué principios se deduce la obligacion de dar fianzas, y quiénes las dan. Veamos ahora en

(1) L. 9. tít. 16., y en ella Greg. Lopez n. 5.

(2) Ll. 94. y 95. tít. 18. Part. 3., y 9. tít. 16. Part. 6.

(3) Arg. de la ley 12. tít. 16. Part. 6.

(4) L. 11. tít. 16. Part. 6.

qué forma se deben dar. Por fianza entendemos una seguridad que resulta de obligarse á satisfacer por el principal otros á quienes llamamos fiadores. De donde se infiere que estando los tutores y curadores obligados á afianzar, deben dar fiadores abonados que prometan satisfacer en falta suya, asi todo el alcance que resulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños que por su culpa ó negligencia irroguen al pupilo (1). Pero siendo mejor precaverlos que resarcirlos despues de causados, previene el derecho que no se discierna la tutela ó curaduría sin que el nombrado se obligue, interpuesta la religion del juramento, á cumplir fiel y legalmente su oficio, procurando en todo el bien y útilidad del huérfano, y evitando todo lo que pueda ser en perjuicio suyo (2). Asimismo que haga inventario formal y específico de todos los bienes muebles y raices correspondientes al pupilo ó menor, porque de otra suerte no se le podrian tomar cuentas, ni hacerle efectiva la responsabilidad (3).

El efecto que producen las fianzas que hemos dicho deben dar los tutores y curadores es que concluida la tutela y curaduría resulten á favor del pupilo ó menor tres acciones para recobrar sus bienes. La 1.ª, que es la accion de tutela, la intenta contra los tutores, en cuyos bienes tiene tácita hipoteca, y contra sus herederos para que le den cuentas y restituyan lo existente (4). 2.ª Si con esta accion no consigue de los tutores su cosa, la tiene tambien contra los fiadores y sus herederos, cuyos bienes le deben estar espresamente hipotecados para que le resarzan el daño ó pérdida causada por el tutor (5). 3.ª Si los fiadores

(1) L. 94. tít. 18. Part. 3.
(2) L. 9. tít. 16. Part. 6.
(3) L. 99. tít. 18. Part. 3.
(4) Ll. 23. y 26. tít. 13. Part. 5., y 21. tít. 16. Part. 6.
(5) Ll. 94. tít. 18. Part. 3., y 21. tít. 16. Part. 6.

estan insolventes, y por tanto no puede el pupilo recobrar de ellos sus bienes, en este caso recae la culpa en el juez que admitió fiadores poco abonados, y se da contra él la accion subsidiaria (1) para obligarlo á resarcir todos los daños ocasionados por su descuido en la recepcion de las fianzas. Pero esta accion es de poco uso, y no se debe esperar de ella mucha utilidad: 1.° porque siempre milita por el juez la presuncion de diligencia mientras que no se pruebe lo contrario, y esta prueba es bastante dificil por lo comun: 2.° porque quedará libre el juez mostrando que en el tiempo en que se obligaron los fiadores eran idóneos, y que despues quebraron, lo que sucede frecuentemente: 3.° porque aun hablando en general, la prudencia dicta que es peligroso mover pleito á los magistrados.

TÍTULO XXV.

DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

A mas de la obligacion de afianzar es comun á los tutores y curadores la facultad de escusarse. Veremos, pues, en este título, primero por qué se les concede que se escusen, y segundó cuántas clases hay de escusas.

Se conceden á los tutores y curadores algunas escusas, porque, segun hemos dicho ya, tanto la tutela como la curatela son un cargo público personal, que estan obligados á admitir todos los ciudadanos. A la manera, pues, que hay justas causas que sirvan de escusa para no servir otros cargos públicos, es muy puesto en razon que las haya tambien para no admitir la tutela y curatela.

Segun lo dicho escusarse en nuestro derecho *es alegar una causa justa, por la cual no está alguno obligado, ó no puede admitir el cargo que se le encomienda* (2). De aqui

(1) Feb. de invent. lib. 1. cap. 1. §. 2. n. 77.
(2) L. 1. y sig. tít. 17. Part. 6.

se deduce fácilmente de cuántas maneras son las escusas. Se dividen: 1.º en voluntarias, que alegadas aprovechan; v. gr., el número de hijos. Si esta causa se alega servirá de escusa; pero si no, aun el padre de muchos hijos será obligado á recibir la tutela; y 2.º en necesarias, que aunque no se opongan, impiden el ejercicio de la tutela, v. gr., el pleito con el pupilo, del cual, si se tiene noticia, no discierne el juez la tutela al tutor, aunque él la quiera admitir.

Las escusas voluntarias se subdividen en tres especies: 1.ª en unas que se admiten por razon de privilegio: 2.ª en otras por razon de impotencia: 3.ª en otras por peligro de la fama.

Por privilegio se escusan: 1.º Los que tienen cinco hijos naturales, no adoptivos, legítimos, no espúrios, vivos ó muertos en la guerra; porque los que dan la vida por la patria se tienen por vivos en la fama (1). 2.º Los embajadores y otros ausentes por causa de la república durante su ausencia; pero restituidos á su patria deben continuar en la tutela recibida, y hasta despues de un año, contado desde el dia de su regreso, no se les puede obligar á tomar otra (2). 3.º Los jueces que estan en actual ejercicio; pero el que hubiese recibido la tutela antes de serlo, no se puede despues escusar por esta razon (3). 4.º Los maestros de gramática, retórica, dialéctica y medicina, que por mandado del Rey enseñan en su patria, ó fuera de ella (4). 5.º Los doctores en leyes que son jueces ó consejeros, y los caballeros y soldados que residen en la corte, ó en otro lugar, para utilidad del público (5). 6.º Los recien casados, desde el dia que contrageron matri-

(1) L. 2. tít. 17. Part. 6.
(2) Dicha ley 2.
(3) La misma ley 2.
(4) L. 3. tít. 17. Part. 6.
(5) Dicha ley 3.

monio, hasta cuatro años despues (1). Ultimamente, tienen en España privilegio para escusarse de la tutela y curaduría todos los que tengan doce ó mas yeguas de vientre propias, ó tres caballos padres, por tres años contínuos (2).

2.° Por razon de impotencia se escusan todos aquellos que no estan apropósito para administrar la tutela, no obstante que sean hombres de probidad: de otra suerte su escusa seria necesaria, y ni en el caso de que condescendiesen serian admitidos. Tales causas son: 1.ª Tener á la sazon tres tutelas. 2.ª La pobreza, que obliga á vivir del trabajo personal. 3.ª La enfermedad, pero no cualquiera, sino la crónica, que no da esperanza de sanidad, y hace al hombre inútil para el manejo aun de sus propios intereses. 4.ª Se escusan tambien los ignorantes de leer y escribir, porque son inhábiles para llevar cuentas con exactitud. Pero si la tutela fuese de fácil desempeño, y ellos industriosos, no habrá dificultad en admitirlos. Ultimamente, el mayor de setenta años.

3.° Por razon de peligro en la fama se puede escusar el que movió pleito al padre del pupilo sobre servidumbre, ó al contrario. El que tiene que demandar á éste sobre su herencia ó parte de ella, y el que tuvo enemistad con su padre y no se reconcilió (3). Podria parecer esta escusa opuesta á la caridad cristiana, y que las leyes fomentan el odio que condena la ley de Jesucristo. Pero no es este el fin que se ha propuesto el derecho, sino que concede escusa á los nombrados en este caso por consultar á su fama. Porque si estos fuesen obligados á admitir la tutela, se creeria fácilmente que iban á aprovecharse de la ocasion para vengar su odio en el pupilo. Para evitar, pues, el deshonor

(1) L. 14. tít. 1. lib. 5. Rec.

(2) Real cédula de 8 de Setiembre de 1789, art. 3., y ley 3. tít. 17. lib. 6. Rec.

(3) L. 2. tít. 17. Part. 6.

que les podian causar estas sospechas y conservarles su fama, les permite la ley que se escusen si lo juzgan por conveniente (1).

Hemos visto ya las escusas voluntarias que libran del cargo de la tutela si se alegan: síguense las necesarias, que aunque no se opongan, sirven de impedimento para ejercerla. Tiene escusa necesaria: 1.º El loco, fátuo ó mentecato: el mudo, sordo y ciego total. Porque aunque todos estos, si son nombrados en testamento, no son removidos del cargo, sino que mientras dura su impedimento se da otro tutor (lo que tambien se verifica en los menores de veinte y cinco años), con todo, no son admitidos á la administracion de la tutela si no dejan de ser locos, sordos, ciegos ó menores, porque no pueden ser tutores los que por la necesidad que tienen de la direccion de otros estan en curatela. 2.º El mismo género de escusa tiene el administrador de rentas reales. 3.º El soldado mientras está empleado en el real servicio. 4.º El sacerdocio y el estado religioso son tambien impedimentos para el ejercicio de la tutela. Pero á los clérigos seculares, escepto los obispos, solo se les prohibe ser tutores testamentarios y dativos, mas no legítimos. La razon de esta disposicion ha sido que los dedicados al culto divino no sean impedidos de sus oficios y ocupaciones piadosas por el manejo de negocios temporales (2). Ultimamente, por las leyes de Partida se escusaba necesariamente el marido de la curaduría de su muger menor; pero por derecho del dia no solo no está impedido, sino que espresamente se concede que sea administrador de sus bienes (3).

Resta solamente esplicar ante quién y de qué modo se deben proponer las escusas, y el tiempo que debe durar este juicio. Todos los tutores y curadores que se hallan con

(1) L. 2. tít. 17. Part. 6.
(2) Ll. 4. y 14. tít. 16. Part. 6., y 2. tít. 17. Part. 6.
(3) L. 14. tít. 1. lib. 5. Rec.

justa causa para no admitir el cargo que se les encomienda deben alegar y probar sus escusas ante el juez competente, y como estas se proponen por modo de escepcion, deben alegarse en este concepto como muchas otras (1). Deberán para ello presentar el pedimento al juez dentro de cincuenta dias, contados desde el en que tuvieren noticia del nombramiento, si no dista mas de cien millas del lugar de su residencia; pero si escediere de ellas la distancia, tienen de término un dia mas por cada veinte millas de esceso, y treinta despues de ellos. El espediente que se instruya acerca de la admision de la escusa se debe finalizar dentro de cuatro meses, contados desde el dia en que se comenzó; pero si se sintiere agraviado por la sentencia el que se escusa, puede apelar al superior (2).

TÍTULO XXVI.

DE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS.

Se llaman *sospechosos todos aquellos tutores ó curadores que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debida* (3). Por este concepto se graduará de sospechoso aquel tutor ó curador que se versa mal en los bienes de su menor disipándolos en juegos y otros malos usos, educando mal al pupilo, vendiendo las fincas, ó gravándolas con censos, ya haga estas cosas por dolo ó por culpa, tenga ó nó facultades con que restituir los daños que cause (4). Porque asi como la pobreza por sí sola á ninguno hace sospechoso, si por otra parte es un hombre de probidad y de industria, asi tampoco las riquezas, si no estan acompañadas de buena conducta, pueden por sí solas remover la sospecha

(1) Arg. de la ley 9. tít. 3. Part. 3., y ley 1. tít. 5. lib. 4. Rec.
(2) L. 4. tít. 17. Part. 6.
(3) L. 1. tít. 18. Part. 6.
(4) Dicha ley 1.

que ocasionan los indicios de mal proceder. Es verdad que podria juzgarse que un tutor rico no debe ser acusado como sospechoso, porque aunque administre mal los bienes, ó los disipe, tiene con que resarcir el daño que cause al pupilo. Pero los jurisconsultos raciocinan de otra suerte, y conforme á aquel principio constante en derecho, *satius est intacta jura servare quam vulnerata causa remedium quaerere*, tienen por mejor que sea removido semejante tutor, que no esponer al pupilo al peligro de quedar en descubierto y al trabajo de conseguir la indemnizacion (1).

De lo dicho se infiere que la accion de sospechoso no es otra cosa que *una acusacion cuasi públca del tutor ó curador que no ha administrado con fidelidad, á efecto de que sea removido, y de que se le imponga la pena correspondiente* (2). Esta acusacion puede intentarse ó civil ó criminalmente. En el primer caso conspira solo á que el tutor ó curador sea removido de la administracion, dando cuenta con pago de los bienes y efectos administrados. En el segundo á que se le castigue con pena arbitraria.

Siendo cuasi pública la acusacion del tutor sospechoso, se infiere claramente que puede hacerla cualquiera del pueblo (3). No se llama asi porque se trate del castigo de un delito que sea público en rigor (pues la malicia é infidelidad de un tutor no tan inmediatamente daña la seguridad de la república como la hacienda del pupilo, por lo que mas bien pertenece á las causas privadas), sino que tiene este nombre, porque aunque no tengan interés inmediato en esta causa, pueden entablar esta acusacion todos los del pueblo. La razon es, porque importa á la república que los bienes de los huérfanos y desvalidos esten seguros, y al efecto se estiende la facultad de acusar hasta las mugeres,

(1) L. 1. tít. 18. Part 6.
(2) Ll. 2. y 4. tít. 18. Part. 6.
(3) Dicha ley 2.

aunque por principios generales de derecho les está prohibido presentarse en juicio por otros y acusar. No obstante, hay algunas personas que estan obligadas á acusar á los tutores sospechosos; de suerte que omitiéndolo se harán dignas de reprension. Tales son los parientes inmediatos, y principalmente la madre del pupilo (1). Pero no lo puede hacer el mismo pupilo, porque los impúberes no tienen persona legítima para presentarse en juicio ni por sí ni por otros. Mas siendo mayor de catorce años puede, con consejo y aprobacion de sus parientes, acusar á su curador (2). Finalmente, no habiendo quien acuse, y siendo claras las pruebas de la mala conducta del tutor, puede el juez removerlo de oficio, luego que le conste de su mal proceder (3).

Hemos visto quiénes pueden acusar á los sospechosos: síguese decir quiénes pueden ser acusados como tales. A esto responderemos segun lo dicho en la definicion: *todos los que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debida*, ya sean testamentarios, dativos y aun legítimos. Esta es la regla en toda su generalidad; pero nuestro derecho especifica algunos casos, en los cuales los tutores y curadores pueden ser tenidos por sospechosos y removidos de su cargo. Los principales son: 1.° Haber sido tutor ó curador de otro huérfano, y malversado sus bienes, ó enseñádole malas costumbres. 2.° Haberse descubierto despues de nombrados que eran enemigos del pupilo ó de sus parientes. 3.° Negar delante del juez que tienen cómo suministrarle los alimentos, siendo falso. 4.° No haber hecho antes de comenzar la administracion el inventario de los bienes que previene el derecho. 5.° No defender al pupilo y sus bienes así en juicio como fuera de él. 6.° Tambien esconderse, y no querer parecer cuando supieren que los ha-

(1) L. 2.
(2) Dicha ley 2.
(3) L. 3.

bian nombrado por tutores ó curadores (1).

No es suficiente para impedir la remocion que el sospechoso ofrezca fianzas para la seguridad de la tutela (2). Porque, segun dijimos ya, mejor es conservar ilesos los bienes, que recobrarlos despues de perdidos. Mas aunque todo lo dicho sea constante en derecho, en la práctica no son removidos tan fácilmente los tutores legítimos como los demas. La razon es, porque siendo estos los parientes mas próximos del pupilo, y haciéndose infames por la remocion, esta infamia en cierta manera vendria á redundar en el mismo pupilo, principalmente si su madre ó su tio se declarasen infames. Por tanto, para evitar estos inconvenientes no se suele remover al tutor legítimo, sino que se le añade otro con el nombre de curador que administre la tutela. De esta manera se consigue que el legítimo no malverse los bienes y se le conserve la fama.

El fin de esta acusacion se deduce tambien de la definicion dada. Ordinariamente se intenta para la remocion, y para que á arbitrio del juez pague los daños que haya causado al pupilo (3). El órden que en esto se debe observar es, que luego que se entabla la acusacion, y se contesta el pleito por el tutor, se le prohibe la administracion, á lo cual llaman los prácticos *suspension*. No se remueve, pues, desde el principio, porque esta es ya una pena por la cual no se debe comenzar, sino que se le suspende, esto es, se le prohibe la administracion, y se nombra al pupilo un curador interino (4). Se sigue despues el conocimiento de la causa, de la cual aparece, ó que no ha obrado mal, y entónces se alza la suspension al tutor y se le absuelve, ó que no ha administrado con fidelidad, y en este caso se le

(1) L. 1. tít. 18. Part. 6.
(2) La misma ley 1.
(3) L. 4. tít. 18. Part. 6.
(4) L. 3. id.

remueve con infamia ó sin ella. Será removido con infamia si se le prueba dolo ó culpa lata, y sin infamia si solo culpa leve (1). De este modo se procede por lo regular. Otras veces es castigado el tutor estraordinariamente: esto se verifica cuando aparece del proceso algun delito de mucha gravedad; v. gr., que hubiese maquinado contra la vida del pupilo, y entonces se le impondrá la pena correspondiente. Esta acusacion se debe hacer ante el juez del lugar en que el menor tiene sus bienes, ó ante los tribunales supremos de las Audiencias, por gozar los huérfanos del privilegio llamado *caso de corte* (2).

Finalmente, cesa ó se acaba esta acusacion: 1.º Por muerte del reo cuando la causa no se ha sentenciado. La razon es, porque este juicio tiene por objeto la remocion del tutor con infamia, y asi se intenta para que se le imponga la pena, y como ésta no puede imponerse á un muerto, si no es en los casos espresos en derecho, por tanto no se continúa la causa si muere el tutor acusado de sospechoso. Es verdad que se deben resarcir al pupilo los daños que se le hayan causado por la mala administracion del difunto; pero estos los puede repetir con la accion de tutela que tiene contra los herederos del tutor, y contra sus fiadores, y los herederos de estos (3), como dijmos arriba. 2.º Espira tambien la acusacion cuando se concluye el tiempo de la tutela antes de la sentencia, porque el que ya no es tutor, no puede ser removido de un cargo que no ejerce. Pero en este caso, como en el antecedente, tiene el pupilo la misma accion de tutela, para obligar al que fue su tutor á que le restituya todos los daños y menoscabos que advierta en su hacienda, ya sean estos ocasionados por dolo, culpa lata ó leve, cometida en el desempeño de su cargo.

(1) L. 4. tít. 18. Part. 6.
(2) L. 20. tít. 23. Part. 3.
(3) L. 21. tít. 16. Part. 6.

LIBRO SEGUNDO.

TÍTULO I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS, Y DEL MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

PRIMERA PARTE.

De la division de las cosas.

Hemos concluido ya el primer objeto del derecho: conviene á saber, *los derechos de las personas*: síguese el segundo, que es *los derechos de las cosas*; pero antes de tratarlo es necesario esplicar varias divisiones de las cosas, y primeramente qué entienden por *cosa* los jurisconsultos.

Cosa en sentido jurídico es todo aquello que existe y trae ó puede traer alguna utilidad al hombre, ahora esté en su patrimonio, ahora fuera de él: asi, v. gr., el agua, el aire &c. son verdaderamente cosas, aunque no esten en el patrimonio de alguno. Por el contrario, las cosas que verdaderamente estan en nuestro patrimonio se llaman *pecunia*, y asi por este nombre no se entiende solamente la moneda acuñada, sino todo aquello que está realmente en nuestros bienes.

Las cosas unas se dicen de derecho divino y otras de derecho humano. Las primeras son todas aquellas que se consagran ó dedican á Dios, ó á otros usos de la iglesia. Estas, aunque estan en cierto modo exentas del dominio de los hombres, con todo, como existen y son de utilidad á los mismos hombres, se llaman *cosas*. Cosas de derecho

humano son todas las que estan en el dominio y comercio de los hombres, v. gr., las casas, los campos, las bestias &c.

Las cosas de derecho divino se dividen en sagradas y eclesiásticas. Sagradas son todas aquellas que estan destinadas al culto público de Dios, como las iglesias, ornamentos, alhajas &c. (1)

De esta definicion se infiere: 1.º Que las cosas sagradas estan fuera del dominio de los hombres, pues se tienen como donadas á Dios (2). 2.º Que no se pueden empeñar, vender, comprar, ni de otro cualquier modo enagenar. Para la observancia de esto han puesto graves penas los Reyes Católicos (3), estableciendo que ni aun ellos mismos puedan tomar la plata y alhajas de las iglesias, si no es en casos de grande necesidad, y obligándose á restituirlas sin diminucion alguna (4).

Cosas eclesiásticas se llaman aquellos bienes que estan destinados para sufragar los gastos que se hacen en las iglesias, y para el sustento y manutencion de los ministros (5). No solamente de las cosas sagradas, sino tambien de éstas está prohibida la enagenacion, á menos que se haga por causa de necesidad ó utilidad de la iglesia, ó para algun otro efecto piadoso, y siempre con licencia del superior eclesiástico, quien deberá conocer de la causa que motiva la enagenacion (6).

A las cosas sagradas se reducen en el dia los lugares religiosos, que son los cementerios donde se sepultan los ca-

(1) L. 13. tít. 28. Part. 3.

(2) L. 12. tít. 28. Part. 3.

(3) Leyes 5. y 6. tít. 5. lib. 1. del Fuero Real. Leyes 1. 2. y 4. tít. 2. lib. 1. de la Rec.

(4) Leyes 7. y 9. tít. 2. lib. 1. de la Rec.

(5) L. 12. tít. 28. Part. 3.

(6) Leyes 1. y 2. tít. 14. Part. 1., y 3. tít. 5. lib. 1. del Fuero Real.

dáveres de los fieles que han muerto en la comunion de la iglesia católica. Estos lugares son privilegiados y dignos de respeto, no solamente por estar enterrados allí los cuerpos de unos hombres que fueron templos vivos de Dios, sino tambien por estar benditos y destinados por la iglesia solamente á este uso piadoso.

En toda España hay costumbre muy antigua de que los fieles se entierren en las iglesias. Pero por una real cédula, en atencion á las epidemias esperimentadas varias veces por el hedor que causan los cadáveres en las iglesias, se mandó (1) que se observen las disposiciones canónicas en la construccion de cementerios, segun lo mandado en el Ritual Romano (2), y una ley de Partida (3) que estos se hagan fuera de las poblaciones en sitios ventilados y cerca de las parroquias, y que solo se esceptúen de esta regla las personas espresadas en dicha ley, y aquellas por cuya muerte deban los ordinarios eclesiásticos formar procesos de virtudes ó milagros, las cuales se enterrarán en las iglesias.

Las cosas de derecho humano se dividen en comunes, públicas, de universidad y de cada uno (4).

COSAS COMUNES.

Así se llaman aquellas cuya propiedad es de ninguno, pero el uso es de todos, hasta de los animales, como el aire, la luz, y todas las que son inagotables por el uso (5). Una de estas cosas comunes es el mar; y por eso, hablando

(1) Real cédula de 3 de Abril de 1787 y de 27 de Marzo de 1789.

(2) Ritual Romano de Exequiis. Ubi viget antiqua consuetudo sepeliendi mortuos in coemeteriis, retineatur, et ubi fieri potest, restituatur.

(3) L. 11. tít. 13. Part. 1. Real céd. de 15 de Mayo de 1804.

(4) L. 2. tít. 28. Part. 3.

(5) Ll. 2. y 3. tít. 28. Part. 3.

con generalidad, ninguna nacion puede apropiarse con justo título su dominio. La naturaleza no ha concedido á personas determinadas el derecho de las cosas cuyo uso es inocente y preciso, y cuya abundancia es suficiente para todos. La tierra no da sin el cultivo todas las cosas necesarias ó útiles al género humano multiplicado escesivamente; y por eso fue preciso introducir el derecho de propiedad, á fin de que cada uno se aplicase á cultivar la parte que le tocaba, y á multiplicar por medio de su trabajo los frutos útiles á la vida humana. Esta es la razon por qué el derecho natural ha aprobado su dominio y propiedad, juzgándola necesaria para la utilidad pública; pero en la propiedad y uso del mar, que por su naturaleza no es perjudicial á alguno, y cuya utilidad es inagotable, parece no haber motivo para adquirirla. Mas siendo permitido renunciar cada uno sus derechos, no hay duda que por medio de tratados se puede adquirir el esclusivo de navegacion en algunos mares ó de pesca, cediendo unas naciones en otras los derechos que tienen de la naturaleza. En este caso estan obligadas á observar lo prometido, y tiene facultad la nacion interesada de valerse de la fuerza á fin de que se le cumpla lo capitulado. Esto se verifica en nuestros mares de América, de los cuales compete el dominio á nuestro Soberano, como lo prueba el Señor Solórzano (1), y está reconocido en los tratados de paz con Inglaterra en Utrech año de 1714, artículo 8.º, y con Holanda en el mismo año, artículo 31, en virtud de los cuales se puede impedir la navegacion en aquellos mares á las naciones estrangeras, especialmente con título de comercio.

Lo dicho acerca de que el dominio no se adquiere por nacion alguna se debe entender hablando generalmente

(1) Solorz. de jure Ind. tomo 1.

de todo el mar, mas no de las costas marítimas, en cuyo uso se puede decir que admite el mar algunos derechos de propiedad. Nadie puede dudar que las pesquerías, asi de perlas como de coral y de peces, hechas en las costas pertenecen á aquella nacion que las habita, como bienes anexos á las tierras de su dominio: tendrá, pues, derecho de impedir á otra la utilidad que disfruta.

Ademas de esto la seguridad de las costas exige que se pueda impedir el acercarse á ellas navíos de otra nacion, estorbando por bien del estado este derecho natural de navegacion comun á todas las gentes. Esto se debe entender solo con los navíos sospechosos, ó que estan en guerra; pero injustamente se usaria esta facultad con los neutrales, y mucho menos con los que arrojados por una tempestad buscan abrigo en los puertos, como no sean declarados por enemigos, y aun entonces se les debe tratar con la mayor humanidad.

No se puede determinar á punto fijo hasta qué distancia una nacion debe estender sus derechos sobre los mares que la rodean. Lo mas cierto y regular es que la dominacion de un estado sobre el mar vecino puede estenderse todo lo que necesite para su seguridad y resguardo, pues de otro modo no pudiera apropiarse una cosa comun como es el mar, á no ser con el fin legítimo de su seguridad. Algunas naciones han querido apropiarse el imperio del mar, especialmente en algunas grandes porciones de él, como los Venecianos, que se atribuyen el del mar Adriático. El dia de hoy todo el espacio del mar á lo largo de las costas que está á tiro de cañon se mira como parte del territorio de una nacion, y por esta causa un navío apresado bajo del cañon de una fortaleza neutral no se tiene por buena presa (1).

(1) Olm. Derecho púb. tít. 1. c. 22.

COSAS PÚBLICAS.

Se llaman aquellas cuyo uso pertenece á todos los hombres, y la propiedad solo al Príncipe, como, por ejemplo, los rios, los puertos, y los muros y puertas de las villas y ciudades (1).

De esta definicion se sigue: 1.º Que de las cosas públicas pueden usar no solo los naturales del pueblo, sino tambien los estrangeros (2). 2.º Que aunque las riberas de los rios sean de aquellos cuyas son las heredades alli situadas, sin embargo no puede impedirse el que cualquiera ligue á los árboles de ellas sus embarcaciones, y haga cuanto le convenga á su arte ú oficio (3). 3.º Que no se puede edificar en el rio cosa que impida la navegacion, ni cosa alguna en los caminos públicos, plazas, calles &c. (4).

COSAS DE UNIVERSIDAD Ó DE CONCEJO.

Estas son aquellas que pertenecen al comun de alguna ciudad ó villa separadamente (5). Se dividen en unas que son de uso comun á todos los vecinos, como los egidos y las plazas de las ciudades, y de éstas no pueden usar los moradores de otro lugar contra el defendimiento de los ciudadanos (6), y otras que solo se administran por el ayuntamiento ó concejo de la ciudad, y sus frutos se destinan para utilidad del público. Las primeras se llaman

(1) L. 6. tít. 28. Part. 3. Leyes 20. tít. 32. Part. 3., y 3. tít. 5. lib. 6. de la Rec., 3. tít. 6. lib. 7. de la misma.

(2) Dicha ley 6. tít. 28. Part. 3.

(3) Dicha ley 6.

(4) L. 28. tít. 28. Part. 3., y leyes 22. 23. y 24. tít. 32. Part. 3.

(5) L. 2. tít. 28. Part. 3.

(6) L. 9. tít. 28. Part. 3.

egidos, términos públicos, montes, dehesas ó pastos de las ciudades, villas y lugares. Las segundas constituyen el patrimonio de la ciudad, y son los *propios, arbitrios y pósitos.*

Egidos. Una de aquellas cosas cuya propiedad pertenece al comun, y el uso á cada uno de la ciudad, son los egidos. Egido se llama el campo que está á la salida de las ciudades, villas, pueblos y lugares, el cual no se planta ni se labra, y es comun á todos los vecinos. Su estension debe ser tanta cuanta se necesite para que en el caso de que crezca la poblacion siempre quede bastante espacio para que la gente se pueda recrear, y salir los ganados sin hacer daño. Unas leyes señalan una, otras dos leguas á los egidos; pero esto debe ser arbitrario con atencion á las circunstancias de la grandeza de las ciudades, número de sus habitantes &c.

Montes y términos públicos. En el derecho se encuentran muchas disposiciones acerca de los montes y términos de las ciudades y villas, en atencion á ser muchas las utilidades que resultan de su conservacion, pues de ellos se ha de sacar la madera necesaria, asi para construir navíos como para leña. En esta virtud está mandado que los árboles no se corten por el pie para que puedan volver á criar, y que los campos sirvan para pasto comun de los ganados (1). Que en los términos de las villas y lugares se planten montes y pinares donde haya mejores pastos y abrigos para los ganados, y abasto de leña y madera, con el fin de que los vecinos se puedan aprovechar de todo (2).

Propios y arbitrios. Las cosas que pertenecen solo al concejo de la ciudad se llaman *propios y arbitrios.* Por este nombre entendemos *las heredades, casas ú otro cualquier*

(1) Casi todo el tít. 7. de la Rec. pero especialmente la ley 7.

(2) L. 15. tít. 7. lib. 7. de la Rec.

género de hacienda que tienen las ciudades para los gastos públicos.

De estas heredades ó bienes raices se sacan unos caudales, que en realidad de verdad se deben mirar como cosa sagrada, por estar destinados á objetos de utilidad pública.

Los gastos que se deben hacer con ellos, unos son *ordinarios*, y se llaman *cargas fijas y ordinarias*, y otros *estraordinarios.* Los ordinarios son los que se hacen todos los años, asi en la administracion de justicia como en las fiestas votivas de los patronos de la ciudad, honorarios y salarios de capellan, asesor, escribanos, porteros, alcaides, médico, cirujano, maestro de primeras letras &c., y paga de usuras ó réditos de capitales que reconozcan sobre sí los caudales de propios. Los gastos estraordinarios son aquellos que ocurren impensadamente, como matanza de langosta, peste &c.

Para arreglar los gastos de propios se debe conocer préviamente su verdadero valor, y el de las obligaciones y cargas ordinarias á que estan afectos, procurando que la asignacion de cantidades que se deben invertir se haga con respecto al valor del total de los fondos, y siempre quede algun sobrante anual que sirva á redimir sus censos, si los tuviere, y á otros fines, como luego veremos.

Los sobrantes de propios á mas de servir para los gastos que hemos dicho estan destinados á diversos objetos bastante interesantes. Estos son: 1.° Descargar ó estinguir los arbitrios establecidos para socorrer las urgencias, por ser muy gravosos al público. 2.° La manutencion de los reos pobres, que debe costearse de dichos sobrantes. 3.° El costo del papel sellado que se consume en las causas de pobres y de oficio. 4.° Fomentar y sostener el establecimiento y propagacion de la vacuna. 5.° Comprar fincas útiles con que se aumenten los fondos.

Para que estos no se inviertan en cosas menos útiles ó no necesarias está prohibido gastar de los propios en recibimientos de obispos, presidentes ni oidores, pena de no recibirse en cuenta á los cabildos lo que asi gastaren. No solo no deben hacerse gastos ni imponerse cargas á los propios que no esten fundados en leyes y reales disposiciones, pero aun las que lo esten deben moderarse ó escluirse, siendo escesivas, para que el fondo de estas rentas pueda sufragar y cubrir los principales y mas interesantes objetos á que está destinado.

Finalmente, para el aumento y mejor administracion de los propios de las ciudades está mandado que las rentas ó fincas de ellos se rematen y den en arrendamiento á los mejores postores; que al remate asista un oidor y el síndico del ayuntamiento, y que se dé cuenta á S. M. de cuanto ocurra por el ministerio de Gracia y Justicia.

Arbitrios se llaman aquellos derechos que las ciudades ó pueblos que carecen de suficientes propios imponen con facultad real sobre el vino, aceite, azúcar, carnes y demas cosas de necesidad, exigiéndolos de los consumidores y compradores hasta en competente cantidad para satisfacer las cargas y gastos que contra sí tienen.

De los arbitrios, unos se conceden por cierto tiempo, y otros perpetuamente, y de ellos se debe decir lo mismo que de los propios, pues tienen un mismo fin y destino.

DE LAS COSAS DE CADA UNO.

Las cosas de cada uno son aquellas que estan en el patrimonio de cada particular, ó verdaderamente, como si en la actualidad tiene dominio en ellas, ó por ficcion, como cuando el derecho finge que una cosa está en dominio, no teniendo señor alguno, v. g., la herencia yacente (1).

(1) L. 2. tít. 28. Part. 3.

Otra division hay de las cosas en corporales é incorporales, y de ellas se tratará en el título 2.° Las primeras son las que se pueden ver y tocar: estas se dividen en muebles y raices: muebles son las que pueden moverse por sí mismas, ó pueden ser movidas por el hombre de un lugar á otro; y raices son las que no se pueden mover naturalmente ni por sí ni por los hombres (1). Las cosas incorporales son las que ni se pueden ver ni tocar, y son los derechos y acciones (2).

PARTE SEGUNDA.

Del modo de adquirir el dominio.

Como el dominio es la primera especie de derecho en la cosa, antes de él, y del modo de adquirirlo, es necesario esplicar: 1.° qué sea *derecho en la cosa, y á la cosa,* y cuántas especies haya de uno y otro: 2.° qué es dominio, y cómo se divide: 3.° qué cosa es modo de adquirir dominio: 4.° cómo se dividen, y cuántos son los modos de adquirirlo.

§. I.

Qué sea derecho en y á la cosa.

El primero es una facultad que compete al hombre en una cosa cierta y determinada sin referencia á persona alguna (3). El segundo, por el contrario, es la facultad que tiene una persona contra otra para obligarla á que le dé, ó le haga alguna cosa (4).

Las diferencias de uno y otro derecho son claras: 1.° cuan-

(1) L. 4. tít. 29. Part. 3.
(2) L. 1. tít. 30. Part. 3.
(3) Arg. de la ley 13. tít. 11. Part. 3.
(4) Arg. de la ley 33. tít. 5. Part. 5.

do tengo derecho *en la cosa*, la cosa es la que me está obligada; y cuando tengo derecho *á la cosa*, la persona.

2.º Por el derecho *en la cosa* pido lo que ya es mio, y por el derecho *á la cosa* pido que se me dé, ó se me haga aquello que otro está obligado á darme ó hacerme.

3.º Del derecho *en la cosa* nacen acciones reales contra cualquier poseedor; y del derecho *á la cosa* solamente personales contra aquella persona determinada con quien traté. Con un ejemplo que se ponga de alguna cosa en que se tiene dominio, perdida ó hurtada, y otra comprada y no entregada, se verá clara la distincion de ambos derechos.

De derecho *á la cosa* no hay mas que una especie, y es la *obligacion*; pero de derecho *en la cosa* hay varias. Cuatro se enumeran comunmente: *dominio*, *herencia*, *servidumbre* y *prenda*.

§. II.

Qué sea dominio y sus divisiones.

La primera especie de derecho en la cosa dijimos que se llamaba dominio: éste es *el derecho en una cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla, si no es que lo impida ley, convencion ó voluntad de testador* (1).

Se dice *derecho en la cosa*, porque al señor le está de tal suerte obligada la cosa, que la puede estraer de cualquiera poseedor. Debe ser en cosa precisamente *corporal*, porque las incorporales no estan en *dominio* sino en los *bienes*. Se dice ademas, *del cual nace la facultad de disponer de la cosa y de vindicarla*, porque el que es señor tiene en primer lugar la facultad de disponer de sus cosas, usando de ellas con esclusion de cualquiera otro: la puede do-

(1) L. 1. tít. 28. Part. 3.

nar, vender y transferir á otro como quisiere; y tiene en segundo lugar la facultad de vindicarla, esto es, estraerla de cualquiera poseedor. Pero con todo, para varios casos se añade en la definicion, *si no es que ley, convencion ó voluntad de testador lo impida. Ley*, v. gr.: esta impide que vindiquemos las cosas que ya nos han prescrito. *Convencion*: esta prohibe al feudatario enagenar el fundo, aunque sea dueño de él. *Voluntad de testador*; y ésta, finalmente, prohibe la enagenacion de una cosa dejada por el testador con la condicion de nunca enagenarla.

El dominio se divide en *pleno* y *menos pleno*. El primero es cuando la facultad de disponer de la cosa y la de usarla estan juntas en una persona. El segundo se da cuando estos dos derechos estan separados, de suerte que una persona tenga el uno, y otra distinta el otro; por ejemplo: en el feudo el vasallo tiene el derecho de percibir las utilidades de la cosa, pero no la de disponer á su arbitrio de ella, sino que está dividido entre el señor y el vasallo, de manera que éste no puede enagenar el fundo, ni hipotecarlo sin consentimiento del señor; luego ninguno de los dos tiene dominio pleno, sino menos pleno.

Este dominio menos pleno se divide en directo y útil: aquel que tiene la facultad de disponer de la cosa tendrá el dominio directo, y aquel que disfruta solamente sus utilidades el dominio útil. El enfitéusis nos servirá de ejemplo: el señor del enfitéusis tiene el dominio directo, y el enfitéuta el dominio útil (1). Veamos ahora.

§. III.

Qué cosa es modo de adquirir dominio.

Es digna de notarse la distincion que se encuentra en-

(1) L. 1. tít. 28. Part. 3.

tre el *título y el modo de adquirir dominio*, y debe tenerse presente para todo lo que se tratará adelante. Todo dominio tiene dos causas, *próxima* y *remota*. Próxima es aquella por la cual, sin mediacion de otra cosa, se consigue el dominio; y remota se llama la que debe preceder, y mediante la cual se adquiere; v. gr., si yo compro una alhaja de Ticio, y éste me la entrega, adquiero dominio. En este caso la tradicion es causa próxima, y el contrato de compra es la remota. La causa próxima se llama *modo de adquirir*, y la remota *título* (1).

Los efectos de estas dos cosas son tambien diferentes: 1.º Por el título solamente se adquiere derecho *á la cosa*, y por el modo de adquirir *en la cosa*. 2.º El título solo da accion *personal* contra aquel con quien tratamos, y el modo de adquirir la da *real* contra cualquiera poseedor. Sirva, pues, de regla general que *el título nunca da derecho en la cosa, si no se le junta la tradicion*. Luego aunque yo haya comprado alguna cosa, ó se me haya donado ó legado, no soy señor de ella antes que se verifique la entrega, que es la que solamente transfiere el dominio, ó el derecho en la cosa, siempre que precede título hábil para transferir el dominio; luego ni el título basta sin tradicion, ni la tradicion sin título.

Esto no obstante se encuentran algunos casos en los cuales se da derecho en la cosa sin tradicion, por no ser esta posible.

1.º En la hipoteca. Esta no se entrega al acreedor como las otras prendas, y sin embargo produce derecho en la cosa por solo el pacto sin tradicion, verificándose que el acreedor tiene accion real, aunque no haya recibido ni posea la cosa hipotecada.

2.º En las servidumbres negativas. Las servidumbres

(1) Ll. 46. y 47. tit. 28. Part. 3.

son derechos, y estos son cosas incorporales en que por su naturaleza no se puede verificar tradicion, sino *cuasi-tradicion.* Esta cuasi-tradicion consiste en el ejercicio del uno, y la tolerancia del otro; v. gr., si uno me prometió servidumbre de camino por su fundo, y yo en esta virtud voy, ando y ejercito la dicha servidumbre, entonces se dirá que ésta se me *cuasi entregó.* Pero esto solamente puede tener lugar en las servidumbres afirmativas, como de goteras, camino, desagüe y otras semejantes; mas no en las que se llaman negativas, porque en ellas es imposible que se verifique tradicion, ni cuasi-tradicion; v. gr., si yo prometo á Ticio la servidumbre de no levantar mis paredes, en este caso no tengo que entregarle, ni él que ejercitar, sino que por solo el pacto que precedió tiene derecho en la cosa, es decir, con solo título.

3.° La cosa adjudicada por los tres juicios divisorios; y asi en estos por el hecho de adjudicarse la cosa, y sin que preceda tradicion, se adquiere el dominio. Luego al coheredero, ó al señor del fundo comun, ó al vecino de cuyo fundo se señalan los límites, pasa el derecho en la cosa al punto que se le adjudica.

4.° Las adquisiciones por testamento son la última escepcion, y la razon consiste en que la tradicion se debe hacer por el señor, y el muerto no puede entregar cosa alguna. Luego el heredero lo será sin tradicion.

§. IV.

Cómo se dividen, y cuántos son los modos de adquirir el dominio.

Los modos de adquirir el dominio unos tienen su orígen del derecho natural y de gentes, y estos son comunes á todas las naciones: otros se derivan del derecho civil, y

se diferencian segun las leyes de los pueblos. La tradicion, v. gr., es un modo de adquirir comun á todas las naciones: por el contrario la prescripcion, ó no la conocen, ó á lo menos guardan en otros reinos distintas reglas que en España; de donde se infiere que la tradicion es un modo de adquirir por derecho de gentes, y la prescripcion por derecho civil.

Los modos naturales de adquirir unos se llaman *originarios* y otros *derivativos*. Si adquirimos una cosa que no está en dominio de otro, como una fiera, un pez &c., será modo de adquirir originario; pero si una cosa que está en dominio de otro se nos transfiere y entrega por su dueño, será derivativo; v. gr., el comprador que adquiere el dominio de la cosa comprada. En los mismos modos originarios se encuentra todavia una subdivision oportuna, porque, ó adquiero la sustancia misma de la cosa, ó su aumento y frutos: en el primer caso será un modo de adquirir perfectamente originario, y en el segundo será menos perfecto; por ejemplo: si alguno coje un enjambre de abejas en el monte, y lo encierra en su colmena, este modo de adquirir será perfectamente originario, porque lo que ha adquirido es la sustancia misma de las abejas, haciéndose despues tambien dueño de la miel que fabrican; y aqui tenemos otro modo de adquirir originario, aunque no tan perfecto como el primero, á causa de que por él se ha hecho dueño del aumento y frutos de la cosa.

Con lo dicho se infieren claramente los modos naturales que hay de adquirir. Uno es originario perfecto, y este se llama *ocupacion*: otro hay originario menos perfecto, y este se llama *accesion*; y otro derivativo, que se llama *tradicion*.

§. V.

De la ocupacion, primer modo de adquirir el dominio.

La ocupacion es *la aprehension real de una cosa corporal de ninguno con ánimo de adquirirla para sí* (1). Se llama *aprehension real* la ocupacion, y ésta debe ser tal cual lo requieran las circunstancias de la cosa; v. gr., que coja la fiera, que ponga los pies en el fundo &c. Pero se añade, *con ánimo de adquirirla para sí*, porque si falta éste, por la sola aprehension nada se adquiere, de la misma suerte que el ánimo solo no basta sin la aprehension: si un loco, v. gr., levanta del suelo una piedra preciosa, no la hace suya, porque le falta el ánimo de adquirir: por el contrario, si uno desde lejos ve una piedra preciosa en la ribera y tiene intencion de cojerla, no la hace suya si otro que estaba mas cerca la levanta primero y la aprehende: se añade finalmente que la cosa debe ser *de ninguno*, porque si ya tuviere dueño será hurto y no ocupacion. De aqui nacen tres axiomas que sirven en toda la materia de ocupacion.

1.º *Las cosas que son de ninguno, ceden al primero que las ocupa* (2). Pero una cosa puede ser de ninguno ó *por naturaleza*, como una fiera en el monte, ó *por tiempo*, como un tesoro de cuyo dueño no hay memoria, ó porque su primer dueño ha querido abandonar su cosa y escluirla del número de sus bienes (3). Para todos estos casos vale el axioma sobredicho: *lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.*

2.º *La ocupacion se debe componer de ánimo, y aprehen-*

(1) L. 17. tít. 28. Part. 3.
(2) L. 5. tít. 18. Part. 3.
(3) Ll. 49. y 50. tit. 28. Part. 3.

sion ó acto corporal (1). La razon es, porque mientras que la cosa no se toma, no hay motivo para decir que pertenece mas á uno que á otro; y si no hay ánimo ó intencion de apropiársela, el acto no es humano, y asi no puede producir efecto alguno civil (2).

3.º *Aquellas cosas cuya posesion no se puede conservar tampoco se pueden ocupar.* Y es la razon, porque de nada aprovecha haberlas tomado si no puede retener la posesion.

Las especies que hay de ocupacion son tres: *caza*, *ocupacion bélica* é *invencion*. *Caza* se llama la aprehension de bestias fieras, y como éstas ó son cuadrúpedos, ó aves, ó peces, de aqui nace que la *caza* es de tres maneras: caza propiamente dicha, que es la de cuadrúpedos; caza de aves, y pesca de animales del agua (3). *Ocupacion bélica* es la aprehension de las cosas de los enemigos en guerra; y la *invencion*, que es de cosas muebles, que ó no han estado en dominio de alguno, ó si lo estuvieron fueron abandonadas por sus dueños. Asi se adquieren las perlas y otras piedras preciosas que arroja el mar.

La primera especie de ocupacion dijimos que era la *caza*; y siendo ésta de bestias fieras, veamos cuáles lo sean, de qué manera se hacen nuestras, y cómo perderemos su dominio.

Las bestias se dividen en fieras, mansas y amansadas. Fieras son aquellas que no se cojen sino por fuerza, y cuando se van no tienen ánimo de volver; v. gr., un pájaro, un leon. Mansos son los animales domésticos que van y vuelven, como los perros, gallinas &c. Amansados son aquellos que por su naturaleza son salvages, pero criados

(1) L. 49. tít. 28. Part. 3.
(2) Ll. 17. 20. 49. y 50. tít. 28. Part. 3.
(3) L. 17. del mismo tít.

en las casas se amansan, como los pavos, las palomas monteses &c. (1). De todas estas especies de animales solo los feroces se pueden ocupar por la caza (2), no los mansos ni amansados.

Como hemos dicho que las cosas que son de ninguno, ceden al primero que las ocupa, se infiere claramente que las fieras luego que alguno las coje las hace suyas (3). Pero esto se ha de entender conforme á derecho. Se supone que las fieras son cosas de ninguno, lo cual, atendido el derecho de gentes, no tiene duda; pero como en todos los reinos que han sido adquiridos por consquista, ó por sucesion hereditaria, nada hay que sea de ninguno, sino que todo se halla ocupado por el Príncipe, de aqui nace que en el reino de España, que ha sido adquirido de los modos dichos, todo está ya en el dominio del Rey, y asi puede privar á los particulares del uso de todas aquellas cosas que en otras circunstancias fueran de ninguno, ó imponer leyes que lo arreglen.

Segun este principio está concedida la facultad de cazar y pescar con varias limitaciones: 1.ª que no se cace en tiempo de cria: 2.ª que no se armen cepos grandes en los montes: 3.ª que para la pesca no se use de cal viva, tósigo, veneno, ú otras cosas perjudiciales (4).

En la América hay otra especie de pesca, que es la de perlas. Esta se halla concedida por el Rey, tanto á los españoles como á los indios (5), pagando á la real Hacienda el quinto de las que pescaren, y sacando licencia del gobernador y oficiales reales de la provincia; pero las que fueren muy buenas deben ser para el Rey por su jus-

(1) Ll. 17. 19. 23. y 24. tít. 28. Part. 3.
(2) L. 22. tít. 28. Part. 3.
(3) L. 17. tít. 28. Part. 3
(4) Ll. 1. 2. 6. y 9. tít. 8. lib. 7. de la Rec.
(5) Ll. 29. y 30. tít. 25. lib. 4. Rec. de Indias.

tó precio (1). La justicia de estos derechos se infiere de lo dicho arriba. Quede, pues, sentado que todo aquel que tuviere derecho de pescar ó cazar hace suyo lo que prende, porque lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.

Del mismo principio se infiere que se pueden cojer las fieras aun en el fundo ageno (2); pero esto se entiende con dos condiciones: la primera que no haga daño á las siembras; y la segunda que no se lo prohiba el señor del fundo, porque si se lo impidiere, como puede, en virtud del dominio que tiene en su cosa, todo cuanto cazare debe ser del dueño del fundo, que le impidió la entrada ó la caza (3).

Por la razon contraria no se pueden cazar las bestias mansas ni amansadas, pues estas tienen dueño, y será hurto el aprehenderlas (4).

Aunque hemos dicho arriba que para la ocupacion es absolutamente necesaria la aprehension, con todo, por nuestro derecho el que hirió la fiera es dueño de ella mientras la sigue, y ninguno otro la puede prender y ocupar, como dispone la ley de Partida (5), teniéndose desde luego en este caso por ocupada ya por el cazador (6). La regla que tenemos para saber hasta cuándo permanecerán en nuestro dominio las fieras es esta: mientras que la fiera no ha recobrado su natural libertad es nuestra; si se huye y escapa de la guarda en que la teniamos la perdemos, y es del que primero la coja (7).

(1) L. 29. tít. 25. lib. 4. Rec. de Indias.
(2) L. 17 tít. 28. Part. 3.
(3) Dicha ley 17. tít. 28. Part. 3.
(4) L. 24. tít. 28. Part. 3.
(5) L. 21. tít. 28. Part. 3.
(6) L. 16. tít. 4. lib. 3. del Fuero Real.
(7) L. 23. tít. 28. Part. 3.

Por lo que hace á las amansadas, serán nuestras mientras conservaren la costumbre de ir y volver á la casa de su dueño; pero si la perdieren y ya no volvieren, perderá su dueño el dominio que en ellas tenia, y las podrá ocupar cualquiera que las encuentre (1).

La segunda especie de ocupacion dijimos que se llamaba *ocupacion bélica*, y es la aprehension de las cosas de los enemigos en guerra (2), por fingir el derecho que son de ninguno respecto del otro enemigo. De aqui se deducen varias conclusiones.

1.ª Todo lo que se toma de los enemigos se hace nuestro (3). Decimos que lo que se toma de los *enemigos*, porque este derecho no tiene lugar en las guerras civiles.

2.ª El enemigo tiene derecho de recobrar sus cosas que le han sido tomadas, pues nosotros somos tambien enemigos suyos; y asi si las recobra no comete hurto.

3.ª El dominio de las cosas quitadas á los enemigos se adquiere habiéndolas tenido una noche, ó puéstolas en seguridad durante el dia, y con las mismas condiciones adquieren ellos el de las cosas que nos toman; de suerte que si otro de los nuestros se las quita despues de haber trasnochado en su poder, ó despues de que ellos las hayan asegurado, no deben ser del que primero las perdió, sino del que rescató (4). Pero esto tiene lugar cuando la guerra ó corso es por tierra, porque si fuere por mar no se adquieren las cosas hasta llegar al puerto y asegurarlas (5). La razon de la variedad de estos derechos es porque en tierra es mas fácil asegurar las cosas que en el mar, en el cual, mientras no se llega al puerto, pueden

(1) La misma ley 23. del mismo tít. al fin.
(2) L. 20. tít. 28. Part. 3.
(3) L. 1. tít. 26. Part. 2.
(4) L. 26. tít. 26. Part. 2.
(5) L. 13. tít. 9. Part. 5.

venir los enemigos al alcance y recobrar lo perdido, pues tienen derecho á ello, como hemos dicho (*).

4.ª La presa que se toma en la guerra, sea por mar ó por tierra, no es de los soldados que despojan á los enemigos, sino de aquel á cuya costa se hace la guerra (1), y siempre es del Rey la quinta parte de todo lo mueble, aun cuando no la costee, y todas las ciudades, villas y demas raices que se ganaren (2) le pertenecen enteramente.

Pero deseando nuestro Rey la seguridad de las embarcaciones de sus vasallos, ha procurado fomentar á los que se aplican á hacer el corso, y á mas de dispensarles su proteccion y auxilios para el armamento y habilitacion de sus buques, recompensas de honor á los que se distinguieren en acciones particulares, dando gratificaciones á los que lograren ventajas sobre los enemigos, ha cedido cuanto le pertenece por razon de su quinto de las mismas presas; de suerte que en los corsarios se verifica que cuanto cojen á los enemigos lo hacen suyo (3).

La tercera especie de ocupacion es la *invencion*, que segun dijimos es la aprehension de las cosas muebles, que ó nunca han sido de alguno, ó fueron abandonadas por su dueño (4). En la invencion, pues, se requiere: 1.º ánimo de adquirir: 2.º aprehension verificada con acto corporal;

(*) La adquisicion de las ciudades, villas, lugares &c. y demas raices no tiene efecto hasta que se confirma por los tratados de paz, pues mientras dure la guerra no ha perdido su soberano la esperanza de recobrarlas, ni el derecho sobre ellas. Olmeda, tomo 2. lib. 2. cap. 11.

(1) Ll. 27. y 29. tít. 26. Part. 2.

(2) Ll. 4. y 5. tít. 26. Part. 2., y ley 20. tít. 4. lib. 6. Rec.

(3) L. 21. tít. 4. lib. 6. Rec. Real cédula de 1.º de Julio de 1779, en donde se incluyen las ordenanzas de corsarios. Véase el principio y el art. 46, y la ordenanza novísima de 12 de Octubre de 1796, y la adicion de 21 de Mayo de 1799.

(4) Arg. de las leyes 5. y 49. tít. 28. Part. 3.

y 3.° cosa mueble de ninguno. De este modo se hacen nuestros el oro, piedras preciosas, perlas y demas que se encuentran en las riberas del mar ó de los rios (1).

Asimismo se hacen nuestros los tesoros. Tesoro se llama un depósito muy antiguo de dinero, de cuyo dueño no hay memoria. De donde se infiere que si la moneda encontrada es de nueva fábrica, no es de los tesoros de que hablamos, ni adquirirá cosa alguna el que la encuentre, pues ó existirá su dueño, ó sus herederos, á quienes se debe entregar.

Por lo que hace á los tesoros, el que supiere que lo hay en la villa ó lugar donde mora lo debe hacer saber por ante escribano á la justicia de aquel lugar; y si se hallare, se le debe dar por galardon la cuarta parte de lo que asi se encuentre (2).

Las minas estan declaradas por propias del Rey, asi por su naturaleza y orígen, como por su reunion á la corona (3). Sin separarlas de su real patrimonio las tiene concedidas á sus vasallos en propiedad, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, ó de otra cualquiera manera enagenarlas (4), entendiéndose esta concesion bajo la calidad de pagar el quinto de todo el oro y plata que se sacare fuera de los gastos (5). Tambien deberá pagar el que descubriere mina el terreno que ocupare, sea del comun ó de algun particular, y los daños que se sigan á tasacion de peritos (6).

Adviértase que los bienes mostrencos, que son aquellos

(1) L. 5. tít. 28. Part. 3.

(2) L. 1. tít. 13. lib. 6. Rec.

(3) L. 4. tít. 13. lib. 6. Rec., y Real ordenanza de minas de 1783, tít. 5. art. 1.

(4) Dicha Real ordenanza de minas, tít. 5. art. 2.

(5) Art 3. y 14. del tít. 6. de idem.

(6) Véase el art. 14. del tít. 6. de idem.

cuyos dueños se ignoran, no pertenecen á la invencion, pues hechas las diligencias prevenidas, y tenida la cosa de manifiesto, y pregonada una vez cada mes por espacio de un año, no pareciendo su dueño se entregará á la cámara y fisco del Rey (1).

§. VI.

De la accesion, segundo modo de adquirir el dominio.

El segundo modo de adquirir originario se llama *accesion*: ésta es un *derecho de adquirir lo que se aumenta ó junta á nuestra cosa*. La razon en que se funda esta adquisicion es, porque es muy natural que de quien es lo principal sea tambien lo accesorio; v. gr., de quien es el árbol, de él es el fruto. La accesion es de tres maneras: *natural*, que proviene de obra de sola la naturaleza, como el feto de un animal: *artificial*, que es un aumento causado á nuestra cosa por sola la industria, como si alguno escribe en nuestro papel; y *mista* cuando concurre la naturaleza y la industria á producir algun aumento, por ejemplo, en un campo sembrado y cultivado.

La accesion puramente natural tiene varias especies, y son el feto, la isla, el aluvion, la fuerza del rio y la mutacion de madre.

El feto es una especie de accesion que resulta por la generacion de una sustancia animada, y se ha tenido siempre por parte de la madre y como una accesion suya, y de aqui resulta el axioma siguiente: *todo lo que nace de un vientre que está en nuestro dominio es nuestro.*

De donde se infiere que todo lo que nace de un animal es del dueño de éste, es decir, de aquel que lo tiene en su dominio; v. gr., el ternero es del señor de la va-

(1) Ll. 6. y 7. tít. 13. lib. 6. Rec.

ca, y al señor del toro nada se le debe, si no es que haya pacto entre los dos señores, ó costumbre de pagar alguna cosa en este caso (1).

La segunda especie de accesion natural es la isla que nace de nuevo. Esto puede acaecer ó en un rio, ó en el mar, ó dividiéndose el rio y uniéndose mas abajo. La isla que nace en el rio se considera como accesoria á las heredades que estan situadas á una y otra parte de las riberas. Esto se ha establecido asi desde luego, porque esta isla se considera que resulta de la tierra que las corrientes del rio han llevado á aquellas heredades. Y asi, si nace en el medio del rio, los que poseen fundos en uno y otro lado la dividen segun sea el tamaño de sus fundos á proporcion (2). Si la isla se acerca mas á una ribera que á otra, desuerte que esté en la una mitad del rio, la dividirán entre sí solamente aquellos que tienen sus heredades á esta parte, y siempre que ni esté en el medio, ni á un lado perfectamente, se hará la medida y division con proporcion al tamaño de las heredades y al lugar de la isla (3).

La que nace en el mar será muchas veces de ninguno, siendo este comun (4); pero si apareciere en el mar ocupado por algun Príncipe, será de éste, por ser regla general que el dueño de lo principal lo es tambien de lo accesorio.

Aluvion y fuerza del rio. La tercera y cuarta especie de accesion natural es el acrecimiento que los rios causan poco á poco y sin sentir, y el que resulta de una avenida repentina. En el primer caso, esto es, cuando poco á poco se aumenta algo á mi heredad por el rio, ninguno puede

(1) L. 25. tít. 28. Part. 3.
(2) L. 27. tít. 28. Part. 3.
(3) L. 27. del mismo tít. y Part.
(4) L. 29. de dicho tít. y Part.

saber de qué campo lo ha llevado para añadírselo al mio, por lo cual el aumento que resulta en este caso cede al campo á que se allega (1). Por el contrario, si el rio violenta y repentinamente arranca una parte á la heredad vecina y la añade á la mia, puede el dueño de la heredad disminuida vindicar esta parte que le ha llevado la fuerza del rio. Luego no se hará dueño de este aumento el señor de la heredad aumentada, si no es por prescripcion, si el dueño no reclamare la parte arrancada, y mientras tanto se arraigaren los árboles en el fundo á que fueron llevados (2). Mas lo que se ha dicho del aluvion solo tiene lugar en los campos que no tienen mas límites que el rio, á que llaman *arcifinios*, pues si fueren de los que tienen cierto límite, lo que se les aumentare será público.

La última especie de accesion es la mutacion de corriente de los rios, que sucede cuando toman nuevo camino y dejan seco el antiguo. En este caso todo aquel espacio que ocupaba antes el rio se considera como accesorio de las tierras contiguas; y asi lo dividen entre sí á proporcion del frente de cada uno de los campos (3).

Hemos visto ya las accesiones naturales: síguense ahora las puramente industriales. De estas hay tres especies, y son *adyuncion*, *especificacion* y *conmistion*. Adyuncion es cuando la cosa agena se junta á nuestra materia, y esto puede ser ó por *inclusion*, como si una piedra agena se engasta en un anillo mio, ó por *soldadura*, como si un pie ageno se le acomoda soldándolo con el mismo metal á un candelero mio, ó por *intestura*, como si los hilos de púrpura agena se tejen en mi paño, ó por *edificacion*, como si edificó en suelo ageno con materiales mios, ó en suelo

(1) L. 26. tít. 28. Part. 3.
(2) Véase toda la ley 26. de idem.
(3) L. 31. de idem.

mio con materiales agenos, ó por *escritura*, como si se escribiese en papel ageno, ó por *pintura*, como si un pintor dibujase ó pintase en tabla de otro.

En todos estos casos lo accesorio sigue á lo principal: por principal se entiende la misma cosa existente por sí y sin dependencia de otra; y por accesorio aquello que es un agregado suyo para ornato ó complemento. Asi, una tela es lo principal, y el bordado lo accesorio: el brazo de una estátua es lo accesorio, y ésta lo principal. De donde se sigue que la cosa unida á nuestra materia, ya sea por soldadura, ya por inclusion, se hace nuestra siempre que con buena fé haya sido unida; pues de lo contrario, esto es, si sabiendo que la cosa era agena se unió á la suya, no adquiere el dominio, antes bien siendo la cosa accesoria del que la unió con mala fé pierde el dominio de ella, y presume el derecho que la quiso donar cuando á sabiendas la unió á materia agena (1). De esta regla general solo se esceptúa la pintura, que debiendo ceder á la tabla, en consideracion á su nobleza, no cede sino la tabla á la pintura (2). En todos los demas casos vale la regla dada antes; y asi lo que se ha unido á nuestra cosa principal no lo puede vindicar su dueño, porque en virtud de la accesion hemos adquirido dominio. Pero como seria cosa injusta que uno se enriqueciese con daño de otro, por medio de varias acciones, nos concede el derecho que nos indemnicemos; y por tanto, si el señor de la materia está en buena fé, puedo obligarle á que me pague el valor de mi cosa que adquirió por derecho de accesion. Si procedió de mala fé no la hizo suya, y tengo contra él accion de hurto (3).

(1) Váanse la leyes 35. 36. 37. 38. 42. y 43. tít. 28. Part. 3.
(2) L. 37. tít. 28. Part. 3.
(3) Ll. 35. y 36. dicho tít. y Part.

En la edificacion hay varias cosas singulares. En ella por cuanto importa que las ciudades no se deformen con ruinas, está establecido que cualesquiera materiales que uno tome agenos y los acomode en su casa, una vez asentados no se le puedan vindicar por su dueño, porque seria necesario arruinar el edificio; y asi adquiere el dominio de ellos, ahora sea con buena ó mala fé; pero está obligado á pagar el duplo de dichos materiales, ó cuanto su dueño jurare delante el juez que recibió de daño por aquellos materiales que le fueron tomados (1).

Pero si alguno edificó en suelo ageno, siendo poseedor de buena fé, puede retener el edificio hasta que se le pague el valor de los materiales, que ceden al señor del suelo. Mas siendo de mala fé, lo debe perder todo en pena del dolo con que sabiendo que el suelo era ageno edificó en él.

La segunda especie de accesion industrial es la *especificacion*, y es cuando alguno de materia agena hace una nueva especie; v. gr., del oro ó plata agena un vaso; de la lana agena paño. Pero se debe notar que solo habrá especificacion cuando se dé una nueva forma á la materia, como en los ejemplos puestos; v. gr., ni el vaso ni el vestido existian antes; luego la plata y la lana tomaron una nueva forma. Mas si persevera la antigua, no será especificacion, como si alguno saca el trigo de las espigas agenas. En el caso, pues, de verdadera especificacion, se debe distinguir si la especie se puede reducir á su primera forma ó nó; si se puede debe ser del señor de la materia; si no se

(1) Véase la ley 16. tít. 2. Part. 3., de la que se colige que si con buena fé se tomaron los materiales, se debe el duplo; y si con mala, todos los daños y perjuicios seguidos al dueño. El Sala opina que está en arbitrio del actor recibir el duplo ó el interés, y que en práctica no se pagará mas que la estimacion de la cosa, si se tomó con buena fé. En el §. 29. tít. 1. lib. 2.

puede volver á la primera forma será del que especificó; v. gr., si de mi plata hace otro un vaso, yo seré dueño de él, porque se puede fundir y volver á la masa de plata que antes era. Por el contrario, si de mi lana hace otro paño, el tejedor será dueño de esta nueva especie, porque éste no se puede reducir á la forma antigua de lana. Mas como ninguno se debe enriquecer con daño de otro, tienen entre sí el señor de la materia y el especificante accion, ó á que se pague la estimacion de la materia, si el especificante se lleva la especie, ó á que se le paguen las impensas si el señor de la materia la retuviese (1). Todo lo dicho se entiende cuando el especificante haya procedido con buena fé, pues si la tuvo mala, esto es, si supiese que aquella materia á que da nueva forma es agena, pierde la obra, y no debe cobrar las espensas que hizo (2).

La tercera especie de accesion industrial es la *conmistion*: se mezclan las cosas secas y las líquidas: las primeras despues de la mezcla mantienen entera su esencia, v. gr., si la cebada se mezcla con trigo: las segundas de tal suerte mudan su esencia, que parece hacerse una tercera entidad ó una nueva sustancia, v. gr., si el vino se mezcla con aguardiente. La primera se llama propiamente *conmistion*, y la segunda *confusion*. Ahora, pues, esta conmistion ó confusion se hace, ó con voluntad de ambos dueños, ó de uno solamente, ó por acaso. Si se hace con voluntad de ambos, toda la masa se hace comun, la que deberán partir entre sí, segun las cantidades que se mezclaron. Si con voluntad de uno solo, si las cosas son separables, cada uno vindica su materia (3); y si no lo son, co-

(1) L. 33. tít. 28. Part. 3.

(2) L. 33. dicho tít. y Part. al fin. v. Empero, y sobre ella Berni, quien advierte que la práctica en este caso es que la parte que fabrica pague éstas, y daños y perjuicios, al dueño del material.

(3) L. 34. tít. 28. Part. 3.

mo en el caso de la confusion, el confundente deberá pagar la estimacion y los daños y perjuicios al señor de la cosa confundida. Pero si la conmistion ó confusion se hiciere por acaso, siempre que las cosas se pueden separar sin mucho trabajo cada uno vindica la suya; pero si no se pudiere, entonces se hace comun el todo, y lo parten entre sí, pesando, contando ó midiendo la parte que á cada uno debe tocar (1).

La última especie de accesion es la *mixta*, y es aquella que proviene parte de obra de la naturaleza y parte de la industria: tales son la *planta*, la *siembra* y la *percepcion de los frutos*; v. gr., si yo siembro un campo ageno con trigo mio, ¿quién cojerá la mies? ¿A quién pertenecerá un árbol puesto en los confines de dos campos, ó el que yo he plantado en campo ageno? Si con buena fé y justo título poseo una heredad agena, ¿de quién serán los frutos que diere?

Para la siembra y planta es regla general: *todo lo que se siembra y planta cede al suelo*; y es la razon, porque éste se considera como principal, y lo que se siembra como accesorio: lo accesorio sigue á lo principal; luego la mies y el árbol ceden al suelo, ahora se siembre con buena ó mala fé. De los árboles puestos en confines se puede dar otra regla general: *el dominio del árbol se estima en derecho por la raiz* (2); y asi, si se estendiesen las raices por la heredad agena, de suerte que las principales por donde crece estuviesen en ella, gana el dominio del árbol el dueño de la heredad adonde pasasen las raices, aunque caigan las ramas sobre las tierras del que lo plantó. Y en el caso de que parte de las raices principales estuviesen en la una heredad y parte en la otra, será èl árbol comun á los due-

(1) L. 34. tít. 28. Part. 3.

(2) Arg. de la ley 43. tít. 28. Part. 3., v. otro sí, en el medio.

ños de las dos heredades (1). La razon de este derecho es, porque los árboles y plantas atraen todo su nutrimento y suco vital por las raices: luego se alimentan de aquel suelo adonde estienden éstas, y parece justo que para el dueño de aquel suelo que mantiene el árbol sean los frutos todos, ó una parte si uno solo no fuere el suelo que alimenta la planta.

De las reglas dadas se infiere claramente que siempre que se siembre semilla propia en campo ageno, ó semilla agena en mi campo, la siembra será del señor del suelo; pero debe pagar los gastos hechos en la siembra y en la semilla (2). Se infiere tambien que toda planta puesta en nuestro suelo se hace nuestra, pero no antes de que arraigue (3). La razon es, porque antes de criar raices puede fácilmente y sin daño alguno arrancarse y trasladarse á otro suelo, y no hay razon para que al instante ceda al señor del suelo sin haberse alimentado de su tierra. En este caso, como en el antecedente, se deberá pagar el precio del árbol ó planta, y las espensas si algunas se hubieren hecho.

Por lo que hace á la percepcion de frutos, que es la tercera especie de accesion mista, veremos primero qué especies hay de frutos, y qué se requiere para que uno haga suyos los percibidos de una cosa agena. Los frutos, pues, ó son naturales ó industriales. Naturales son aquellos que por sí mismos dan los campos sin trabajo ni cuidado alguno del hombre, como son los árboles de frutas silvestres; el heno, &c. Industriales se llaman aquellos que requieren siembra y cuidado del hombre, como el trigo y cualquiera otra utilidad que hace rendir á una heredad la diligencia del hombre (4).

(1) L. 43. tít. 28. Part. 3.
(2) Dicha ley tít. y Part.
(3) Dicha ley 43.
(4) L. 39. tít. 28. Part. 3.

Las condiciones necesarias para adquirir los frutos de la cosa agena son: primeramente *buena fé*, la cual no es otra cosa que aquel juicio recto con que uno cree que es verdadero señor de la cosa, sin que tenga fundamento para juzgar lo contrario. Esta buena fé debe ser contínua ó perpetua; y asi en el momento en que sabe uno que no es dueño, si con todo percibe los frutos, ya no es poseedor de buena fé, ni los hace suyos. Se requiere tambien *justo título* y hábil para transferir el dominio como los que esplicamos arriba, porque si á alguno, por ejemplo, hubiese yo dado en comodato una yegua, seria cosa absurda que se quisiese apropiar el pollino con este título. Posee á la verdad con buena fé y justo título, pero no hábil para transferir el dominio; pues cuando damos nuestra cosa en comodato, no es para que el comodatario se haga señor de ella. Finalmente, es necesario *posesion*, y no una mera detencion de la cosa, que se llama *posesion natural*, sino una *posesion civil* que resulta de la detencion corporal de la cosa, y del ánimo ó intencion de adquirir ó retener su dominio.

Si concurren, pues, estos requisitos, entonces el poseedor de buena fé se tiene por señor en cuanto á la percepcion de los frutos industriales, mientras no aparece el verdadero señor de la cosa. Decimos que se tiene por señor, porque hace suyos los frutos industriales percibidos hasta la litis contestacion, y se tienen por tales los que estan separados de los árboles ó del suelo, pues no siendo asi no se tienen por percibidos aunque esten maduros.

Los naturales no los hace suyos: debe restituirlos aun cuando los haya consumido, pues solo se le conceden en atencion al cultivo y trabajo que ha tenido en ellos; y asi faltando esta razon es justo que los devuelva (1).

(1) Véase la ley 39. tít. 28. Part. 3. al principio.

El poseedor de mala fé nada hace suyo, y tanto los frutos percibidos como los por percibir corresponden al verdadero señor de la cosa, á quien los debe entregar, y solo podrá cobrar las espensas (1).

§. VII.

De la tradicion, único modo de adquirir derivativo.

Hemos visto ya los modos originarios de adquirir: se sigue el derivativo, que es uno solo, y se llama *tradicion.* Dijimos que modo derivativo de adquirir es cuando el dominio se transfiere de uno á otro, y asi definiremos la tradicion diciendo: que es *un modo de adquirir derivativo por el cual el señor de la cosa que tiene derecho y ánimo ó intencion de enagenar, transfiere con justa causa una cosa corporal en el que la recibe* (2). De aqui nacen cuatro axiomas: 1.° *Que solo las cosas corporales se pueden entregar*, pues solo estas pueden ser trasladadas con acto corporal de uno á otro: por esta razon las cosas incorporales como los derechos no se entregan, sino que se cuasi entregan; y la cuasi tradicion consiste en la paciencia del uno y el ejercicio del otro. De la misma definicion se colige que la tradicion ó es *natural* ó *simbólica*, *brevis manus*, ó *longa manu.* Naturalmente se hace la tradicion cuando con acto corporal se traslada la cosa en el sugeto que la recibe. *Simbólica* se llama cuando se entrega una cosa en señal de otra, cuyo dominio se quiere transferir, v. gr., si se dan las llaves del granero que encierra el trigo que se vende (3). *Longa manu* se dice hacerse la tradicion cuando la cosa se pone en

(1) L. 39. tít. 28. Part. 3. al fin. Y nótese que de los frutos que restituyese el poseedor de buena fé por no estar percibidos, cobra tambien las espensas, como lo dice esta ley en el medio y la 40. que sigue.

(2) L. 46. idem.

(3) Leyes 6. 7. y 8. tít. 30. Part. 3.

la presencia de aquel á quien se entrega ; pero éste no la toca sino con solo los ojos (1). *Brevis manus* se llama un equivalente á tradicion actual, y se verifica cuando uno que ya está en posesion de la cosa se da por entregado de ella, en virtud de que el dueño, precediendo algun trato, se la cede en toda propiedad ; v. gr., le doy en comodato á Ticio un libro ; despues se lo vendo y le digo, que supuesto que está en su poder se quede con él : en este caso es lo mismo que si se lo entregara.

Axioma 2.º *La cosa debe ser entregada por el señor.* La razon es, porque lo que uno no tiene no lo puede dar á otro; y asi, si he recibido una cosa con buena fé de uno que no es señor, me haré poseedor de buena fé, pero no señor. El pupilo tampoco puede transferir dominio, porque aunque es señor, no se tiene por persona perfecta por defecto de juicio, y asi nada puede hacer de donde resulte peor su condicion sin autoridad del tutor, y por consiguiente ni transferir dominio.

Axioma 3.º *No se transfiere dominio si no hay ánimo de enagenar.* La razon es, porque al señor solamente compete dar la ley á sus cosas y disponer de ellas, y si dispone que solo pase el uso ó la custodia de su cosa, el que la recibe por esta tradicion no se hará señor; v. gr., si yo doy en depósito ó en locacion ó comodato mi cosa, se verifica tradicion ; pero el depositario conductor ó comodatario no se hacen dueños de ella, porque en mí falta el ánimo ó voluntad de enagenarla.

Axioma 4.º *No se adquiere el dominio por la tradicion sí no precede título hábil para transferirlo*, como los que esplicamos antes, v. gr., donacion, venta, legado. El contrato de compra y venta tiene de singular, que aunque se haya perfeccionado por la tradicion de la cosa, con todo

(1) L. 6. tít. 30. Part. 3. v. Empero si un home.

no se transfiere el dominio sino hasta que se entregue el precio; pero si diere fianza ó prenda, ó el vendedor hiciese confianza del comprador, pasará el dominio de la cosa vendida (1).

Por lo que hace á la necesidad de la tradicion de la cosa para adquirir el dominio, es digno de notarse que esto tiene lugar ciertamente atendido el derecho civil; pero es muy probable que á esta sutileza no atiende el derecho natural; y asi, segun éste, cualquiera verdadero señor con derecho espedito que tiene ánimo ó voluntad de enagenar, y la declara espresamente ó por señales destinadas al efecto, transfiere el dominio válidamente, aunque no intervenga tradicion de la cosa (2).

Al fin de este título nace una breve cuestion, y es, ¿si se podrá entregar algo á persona incierta? Este caso parece que se verifica hasta el dia en la coronacion de los Príncipes, y cuando toman posesion de sus dignidades muchas personas eclesiásticas, como arzobispos, canónigos &c.; pues entonces se acostumbra arrojar algunas monedas de plata, y esparciéndose este dinero con el ánimo de que cualquiera haga suyo lo que aprehenda, parece que se verifica tradicion en personas inciertas. Pero si atendemos bien á la naturaleza de estos hechos, no hay aqui especie de tradicion, sino de ocupacion; pues el que arroja las monedas las abandona y quiere que sean del que primero se apodere de ellas, y que el que las hallare haga lo que quisiere de ellas, como dice la ley de Partida (3). Luego estas ya son monedas de ninguno, y lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.

(1) L. 46. tit. 28. Part. 3.

(2) Hein. Elem. Jur. Nat. lib. 1. cap. 10. §. 275.

(3) L. 48. tit. 28. Part. 3.

TÍTULO II.

DE LAS COSAS CORPORALES É INCORPORALES.

Síguese otra division de las cosas, de la cual se hizo mencion en el título pasado. Dijimos, pues, que las cosas ó son *corporales* ó *incorporales* (1). Corporales son aquellas que se pueden tocar, esto es, que se pueden percibir por alguno de los cinco sentidos; y asi cosas corporales son todas las cosas materiales; é incorporales, por el contrario, las que no se pueden tocar ni percibir por los sentidos, porque consisten en un derecho ó facultad que tiene el hombre para hacer alguna cosa: tal es, v. gr., el derecho de cazar en un bosque, las servidumbres y todas las obligaciones. Todas estas cosas por ningun sentido las percibimos, aunque sus efectos pueden ser patentes asi á los ojos como á los otros sentidos.

Supuesto esto, seria fácil responder á uno que preguntase, ¿si el dinero ó la moneda es cosa corporal? La materia, esto es, el oro ó la plata acuñada, que es lo que llamamos moneda, sin duda es corporal, porque se puede tocar; pero el valor ó precio intrínseco que contiene es cosa incorporal, porque no puede percibirse por sentido alguno esterior, sino solo por el entendimiento.

Hemos visto ya qué cosas sean corporales é incorporales: resta ver sus calidades. De la misma definicion nace: lo 1.º que las cosas incorporales no se pueden poseer, y es la razon, porque poseer es detener materialmente la cosa, guardarla y ponerla en seguro; y todo esto no tiene lugar en las cosas incorporales. Con todo, como estas cosas son nuestras, se dice verdaderamente que las cuasi poseemos, mientras hacemos ó podemos hacer uso de ellas y percibir

(3) L. 1. tit. 30. Part. 3.

su utilidad: 2.º en las cosas incorporales no se da tradicion, sino cuasi tradicion, lo cual ya se ha esplicado arriba: 3.º las cosas incorporales no estan en nuestro dominio, porque el dominio, como se ha dicho, es derecho en una cosa corporal; y asi no podemos decir *el derecho de prenda, ó tal servidumbre ú obligacion, está en mi dominio.* No obstante, como estos derechos y obligaciones nos hacen mas ricos, y tienen realmente precio y estimacion, de aqui es que se dice propiamente que estan en nuestros bienes.

Las cosas corporales se subdividen en muebles y raices. Muebles se llaman aquellas que ó se mueven por sí mismas, por virtud interna que tienen, v. gr., siervos, animales &c., las cuales tambien se llaman *semoventes*, ó pueden ser llevadas de un lugar á otro sin detrimento, v. gr., las sillas, libros &c. Raices son las que ni por sí ni por los hombres se pueden mover ni llevar á otro lugar naturalmente, como las casas, campos &c. (1).

TÍTULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES.

Hemos tratado ya del dominio: síguese ahora tratar de las servidumbres, que es otro derecho en la cosa. Por servidumbre no se entiende aqui aquella de que hablamos en el libro 1.º cuando una persona sirve á otra, sino cuando una cosa sirve á la persona. Siendo, pues, esta especie de servidumbre un derecho, esto es, una cosa incorporal, con razon despues de esplicadas las cosas incorporales en general se sigue tratar de las servidumbres.

La servidumbre es *un derecho impuesto en la cosa agena, por el cual el señor en su cosa está obligado á padecer, ó á no hacer algo en utilidad de otro* (2). Se dice: 1.º Que

(1) L. 4. tít. 29. Part. 3.
(2) L. 1. tít. 31. Part. 3.

la servidumbre es un *derecho*, pero respecto del que tiene ó goza la servidumbre, porque respecto del que la padece es obligacion ó carga. 2.º Obsérvese que la servidumbre es *derecho en la cosa*, por lo cual se enumeró arriba entre las especies de derecho en la cosa. Y á la verdad, si yo tengo algun derecho en la cosa de mi vecino, no es su persona la que me está obligada, sino su cosa. 3.º Se dice la servidumbre *derecho en la cosa agena*, porque el señor no puede tener servidumbre en su cosa; v. gr., si puedo sacar agua del pozo de mi vecino es servidumbre; pero luego que adquiero la heredad de mi vecino en donde está el pozo se acabó la servidumbre, porque el pozo ya no es cosa agena, sino mia, y asi no saco el agua por derecho de servidumbre, sino de dominio. Añádese: *por el cual el señor está obligado á padecer, ó á no hacer algo en su cosa en utilidad de otro*, y en esto consiste la esencia de la servidumbre. Por ejemplo, si tengo derecho de pasar por el fundo de mi vecino, éste está obligado á sufrir que transite por él; y si obligo á mi vecino á que no levante mas sus paredes, está obligado á no hacer una cosa que pudiera como señor: siempre, pues, el sirviente está obligado á padecer, ó á no hacer en utilidad del dominante (1). Las doctrinas dadas hasta aqui son tan generales, que no se da caso en que alguna servidumbre consista en hacer, y asi si queremos fingir el caso de que alguno hubiese prometido á su vecino componerle ó renovarle su casa todos los años, no seria servidumbre, sino obligacion personal, y por consiguiente no *derecho en la cosa*, sino *á la cosa*.

De la definicion dada se infiere claramente de cuántas maneras sea la servidumbre. Una cosa puede servir, ó á una persona, ó á otra cosa. Si la cosa sirve á la persona se llama servidumbre personal: si la cosa sirve á otra co-

(1) Ll. 1. 2. y 3. tít. 31. Part. 3.

sa, v. gr., un fundo á otro fundo, se llama servidumbre real (1). Por ejemplo, un marido al morir deja el usufructo de un fundo á su muger: en este caso el fundo sirve á la persona de su muger, y esta será servidumbre personal, por otro nombre *usufructo.* Por el contrario, si la pared del vecino debe recibir una viga de mi casa, esta servidumbre es real, porque un predio sirve á otro. Las servidumbres personales son cuatro: *usufructo*, *uso*, *habitacion* y *obras de los siervos* (2). Se diferencian tambien estas servidumbres en su efecto, y asi como en las personales la cosa sirve á la persona, sucede que se acaban con ésta. Al contrario en las reales, porque una cosa sirve á otra, duran tanto como las cosas, aunque pasen á otras personas.

En este título se trata de las servidumbres reales, que tambien se llaman prediales, porque no consisten en cosas muebles, sino en raices. Mas como en estas servidumbres siempre un fundo sirve á otro fundo ó heredad, el que recibe la utilidad se llama *dominante*, y el que sufre la carga en utilidad del otro *sirviente.*

Las servidumbres en nuestro derecho ó son *urbanas*, ó *rústicas.* Urbana es la que tiene un edificio en otro; y rústica la que tiene una heredad en otra (3). Esto supuesto, se entenderán fácilmente varios axiomas de la servidumbre.

1.° *Toda servidumbre es en la cosa agena* (4). La razon es, porque siempre que uno usa de su cosa lo hace en virtud de dominio, y no de servidumbre, segun lo dicho arriba; y asi cuando se dice que en nuestras cosas se puede poner servidumbre, se entiende que solo el dueño puede im-

(1) L. 1. tít. 31. Part. 3.
(2) Idem.
(3) L. 2. tít. 31. Part. 3.
(4) L. 13. dicho tít. y Part.

poner á su cosa este gravámen, y no otro (1).

2.º axioma. *Ninguna servidumbre puede consistir en hacer, sino solo en padecer ó en no hacer* (2). La razon es, porque de otra suerte no será la cosa la que sirve ó está obligada, sino la persona del que debe hacer. Cuando la servidumbre es de padecer se llama *afirmativa*, v. gr., la servidumbre de *camino*, *ventana*, *goteras* &c.; pero si es de no hacer alguna cosa será *negativa*, v. gr., no impedir la luz, no levantar mas alto &c.

3.º axioma. *Todas las servidumbres son indivisibles* (3), porque son un simple derecho, y el derecho no se puede dividir, y asi á ninguno se le puede conceder la mitad del derecho de camino, goteras &c.

De aqui podemos fácilmente inferir de qué modo se constituye la servidumbre. Para esto se debe hacer distincion entre el derecho *á la cosa* y *en la cosa*. El derecho á la servidumbre lo podemos adquirir: 1.º Por pacto ó estipulacion cuando alguno nos promete conceder servidumbre en su cosa (4). 2.º Por última voluntad, v. gr., si alguno en testamento ó codicilo me lega el sacar agua de su fuente &c. (5). 3.º Por prescripcion; y en este caso, si la servidumbre es contínua, esto es, que sirve contínuamente, como el agua que nos viene del fundo ageno, se adquiere por uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; y si fuere descontínua, esto es, que no se usa sino algunas veces, como es la senda ó camino, no puede ganarse sino por tiempo inmemorial (6). Pero en el primer caso no hay mas que derecho á la cosa: la persona del que

(1) Véase la ley 13. en el principio, y la 10. del tít. 31. Part. 3.

(2) Todo el tít. 31. Part. 3., y especialmente la ley 1.

(3) L. 9. tít. 31. Part. 3.

(4) L. 14. tít. 31. Part. 3.

(5) Dicha ley 14.

(6) Dicha ley 14. al fin, y la 15. tít. 31. Part. 3.

promete ó el heredero me está obligada, y no la misma cosa. De aqui es que solo tendré accion personal y no real. Pero el derecho en la cosa no se adquirirá sino por la subsiguiente *casi tradicion*, y se llama asi, porque como la servidumbre es derecho, que es una cosa incorporal, propiamente no se puede entregar, sino casi entregar, y esta casi tradicion se verifica por el uso del uno y la paciencia del otro; v. gr., si se me ha concedido sacar agua del fundo vecino, y yo comienzo á sacarla á su vista sufriéndolo él, por este primer hecho se me hace casi tradicion de la servidumbre, y desde este tiempo tengo derecho en la cosa, y accion real contra cualquier poseedor. De esta regla se esceptúa la servidumbre constituida por última voluntad, en la cual se adquiere el derecho en la cosa sin tradicion al punto que muere el testador.

Asimismo claramente se deduce quién tenga obligacion de hacer los reparos necesarios para la conservacion de la servidumbre; v. gr., tengo derecho de traer agua por medio de tangía que salga del fundo del vecino; si se rompieren los canales, mi fundo, que es el dominante, estará obligado á repararlos (1). La razon se deduce del axioma 2.°, porque la servidumbre no puede consistir en hacer, sino en *no hacer ó padecer*, y si el fundo sirviente reparase haria alguna cosa, y asi no seria solamente servir.

Finalmente, del 3.° axioma, que asienta ser la servidumbre indivisible, se infiere que no puede establecerse una mitad ú otra parte de servidumbre, porque el derecho, como cosa incorporal, no puede admitir division. Otra cosa seria en el uso de la servidumbre, porque éste sí es capaz de admitirla, tanto por razon del modo, como si dijésemos á otro: te concedo servidumbre de camino,

(1) L. 4. dicho tít. 31. Part. 3.

pero con tal que solo pases á pie ó á caballo, ó que no traigas carros: ó por razon del tiempo; v. gr., te concedo derecho de pasar, pero solo en los meses de invierno.

Lo que se ha dicho hasta aqui trata de las servidumbres en general: veámoslas ahora en particular. Las dividimos arriba en servidumbres urbanas y rústicas: trataremos, pues, en primer lugar de las urbanas. De estas la 1.ª es el derecho de cargar sobre la casa del vecino, v. gr., si lo obligo á que me permita edificar levantando pared sobre la suya (1).

La 2.ª servidumbre es de agujerear la pared del vecino para meter vigas (2). Por vigas se entiende, no solo las propiamente tales, sino cualesquiera otra materia de edificio, como piedras, ladrillos, hierro &c. De aqui se percibe fácilmente la diferencia que hay entre esta servidumbre y la antecedente, pues en la primera todo el edificio carga en la pared ó columna del vecino, y en esta solo una ú otra viga ó material.

La 3.ª servidumbre es de poner techo volado á mi casa sobre el fundo del vecino para libertar las paredes del agua y humedad.

La 4.ª es de recibir las goteras ó caños de la casa del vecino (3).

La 5.ª es de no levantar mas alto, y esta es un derecho por el cual el vecino, en utilidad de mi casa, se obliga á no levantar mas la suya para no impedirme la luz (4).

La 6.ª es de luz, ó de *no impedir la luz* (5). Para entender bien estas dos especies de servidumbre es menester

(1) L. 2. tít. 31. Part. 3.
(2) Idem.
(3) Idem.
(4) Idem.
(5) Idem.

notar dos cosas: 1.ª que ninguno puede abrir ventanas sino en su pared: 2.ª que puede cualquiera abrir cuantas ventanas quiera en su pared; pero al vecino le es lícito edificar contra ellas de suerte que las cubra, siendo en su suelo. Ahora, pues, si un vecino consigue de su vecino poder abrir ventanas en su pared, esta será servidumbre de luz ó de ventana. Pero si tengo ventana en mi pared, que cae á la casa del vecino, y éste me promete que no me la cubrirá con su edificio, se llamará servidumbre de no impedir la luz (1).

La 7.ª servidumbre es de paso por la casa ó corral del vecino á la casa propia (2).

Síguense las servidumbres rústicas. De estas la 1.ª es el derecho de senda, carrera ó camino para pasar de la heredad de otro á la propia. La senda sirve para ir uno solo á pie ó á caballo, sin llevar carro ni bestias de carga: la carrera para ir solo ó acompañado con carretas; y el camino para llevar estas cosas y otras cualesquiera, como maderas, piedras &c. El ancho del camino debe regularse por lo pactado; y á no haberse convenido en esto, debe tener ocho pies de ancho; y si tuviere vuelta ó torcedura, en aquel lugar tendrá diez y seis (3). 2.ª El derecho de conducir agua por heredad agena para regar hortalizas ó para molinos (4). Y en este caso el dueño de la heredad de donde se tomare esta agua no puede concedérsela á otro sin consentimiento de aquel á quien fuere otorgada la servidumbre, si no es que el agua fuere tanta que sobrase para los dos (5). 3.ª El derecho de beber en fuente ó pozo ageno para sí, sus labradores y bestias ó gana-

(1) L. 2. tít. 31. Part. 3.
(2) Idem.
(3) L. 3. dicho tít. y Part.
(4) L. 4. del mismo tít.
(5) L. 5. dicho tít. y Part.

dos, en el cual se incluye el derecho de entrar y salir en la dicha heredad (1). 4.ª El derecho de apacentar las bestias de labor en prado ó dehesa agena (2). 5.ª El derecho de sacar cal, arena, piedra, ú otras cualesquiera cosas de la heredad de otro (3).

Una cosa es digna de observarse en las servidumbres públicas (y aun puede tener lugar en las urbanas), y son los pactos con que se establecen; porque si la servidumbre se concede al fundo será real, y si á la persona será servidumbre personal, y solo durará mientras viva la persona.

Resta ver de qué modos se acaban las servidumbres. Hemos dicho que éstas son un derecho en la cosa, el cual, sin embargo de ser perpetuo, puede acabarse de los modos siguientes: 1.º por *consolidacion*. Consolidacion es cuando se hace uno mismo el dueño de los predios dominante y sirviente: entonces se acaba la servidumbre por el principio esplicado arriba de que el señor no puede tener servidumbre en su cosa (4). 2.º Se estingue tambien por *remision*, porque como la servidumbre se constituye en utilidad del predio dominante, y cada uno puede renunciar del derecho introducido en favor suyo, el poseedor puede renunciarla siempre que quiera (5). 3.º Por *no uso*. De este modo en tiempo de diez años se acaba la servidumbre urbana estando presente el señor del predio que goza de la servidumbre, y estando ausente en veinte años. Pero para que esto se verifique es necesario ademas que el dueño del fundo sirviente con buena fé estorbe el curso de la servidumbre, como, v. gr., si es viga, que la estraiga de la pared en ausencia ó presencia del interesado, segun he-

(1) L. 6. tít. 31. Part. 3.
(2) Dicha ley en el medio.
(3) L. 7.
(4) L. 17. tít. 31. Part. 6. v. la otra manera.
(5) L. 17. en el principio.

mos dicho arriba (1). Pero si es servidumbre rústica solo por no uso de tiempo inmemorial se puede perder siendo contínua, y siendo descontínua bastará no usar de ella por veinte años, ya sea entre presentes ó ausentes (2). 4.° Por permitir el dueño de la servidumbre que el señor de la cosa que la sufre haga algo que la impida ó destruya (3), pues en este caso se entiende que la quiere renunciar. 5.° Finalmente, por arruinarse ó estinguirse la cosa se acaba la servidumbre, porque como es un derecho en la cosa, cuando se estingue ésta se debe estinguir tambien el derecho que se tenia en ella.

TÍTULO IV.

DEL USUFRUCTO.

Dijimos arriba que en toda servidumbre sirve la cosa, y que si ésta sirve á la persona será servidumbre personal: tales son el usufructo, uso, habitacion y obras de los siervos; pero que si una cosa sirve á otra cosa resultará servidumbre real. De estas hemos hablado ya, y asi trataremos ahora de las personales, y en primer lugar del usufructo.

Usufructo es *un derecho de usar y gozar los frutos de una cosa agena sin deteriorarla* (4). Antes de esplicar esta definicion es necesario entender estas palabras: *usar*, *gozar* y *abusar*, en las que hay mucha diferencia. Usar es percibir tanta utilidad de la cosa, cuanta exije la necesidad. Por gozar se entiende percibir cuanta utilidad proviene de la cosa, no solo para ocurrir á las necesidades, sino tambien para comodidad y placer. Abusar es percibir cuanta utili-

(1) L. 16. tít. 31. Part. 3.
(2) La misma ley 16. al fin.
(3) L. 19. tít. 31. Part. 3.
(4) L. 20. dicho tít. y Part.

dad se quiera de la cosa, aunque sea destruyéndola. Ahora fácilmente se entenderá la definicion, en la cual iremos por partes. El usufructo es derecho, y un derecho en la cosa, porque es servidumbre. Es un derecho de usar y de gozar, porque el usufructuario no solo percibe de la cosa lo que exije la necesidad, sino tambien lo conducente á dar placer y comodidad. Se usa y se goza de las cosas agenas, porque es servidumbre que no la puede haber en cosas propias; de suerte que constituida esta servidumbre siempre concurren dos personas, la una á quien pertenece el dominio, y se llama *propietario*, y la otra el que goza del usufructo ó utilidad de la cosa, y se llama *usufructuario*. Se añade finalmente que se ha de usar y gozar de la cosa sin deteriorarla, porque si no seria abuso, y no uso solamente, segun la diferencia de estas voces ya esplicada. Fuera de que seria inútil al propietario el dominio si el usufructuario pudiera destruir la cosa.

De la definicion dada se colige fácilmente qué frutos percibe el usufructuario, en lo cual sirve de regla el axioma siguiente: *el usufructuario hace suyos todos los frutos que percibe siendo ordinarios.* Ahora, pues, como los frutos son ó naturales ó industriales, y los primeros proceden de la naturaleza solamente, como los partos de los animales, la yerba &c., y los segundos mediante el trabajo é industria del padre de familias, como el trigo, lino &c., es digno de advertirse que unos y otros son del usufructuario, porque el usufructo es un derecho de usar y de gozar, y estas palabras abrazan todo género de utilidad. Por el contrario, un tesoro hallado en el fundo no lo hará suyo, pues segun el axioma establecido el usufructuario percibe solamente los frutos ordinarios, en lo que no se incluyen los tesoros. A mas de que los fundos no se tienen para buscar tesoros, sino para cultivarlos.

Infiérese tambien que puede el usufructuario locar á

otro la heredad de donde percibe usufructo, porque lo que tiene uno para sí lo puede transferir á otro; y para el propietario lo mismo vale que el usufructuario goce de la cosa, ú otro en su nombre, siempre que no la deteriore. Puede tambien vender los frutos, pues vende una cosa suya (1); pero no puede ceder su derecho á otro, porque espira con su persona, y mucho menos vender la cosa fructuaria, que pertenece al propietario.

Con la misma facilidad se demuestra que no tiene el usufructuario libre disposicion de la cosa, supuesto que debe gozarla sin causar mutacion ni deterioro en ella, y que no permaneceria ilesa siempre que se hiciese mutacion en su forma. De donde infiero que no puede mudar las cosas del fundo fructuario, ni con el fin de ponerlo en mejor estado á su parecer, v. gr., haciendo de las dehesas campos de cultivo. Del mismo principio infiero tambien que el usufructuario está obligado á reparar la cosa, pues no permaneceria ilesa, v. gr, una casa sino no se la hiciesen los reparos y composturas correspondientes cuando lo necesitare (2). Pero esto se entiende de unos reparos medianos; y asi, si la casa estuviera para caer, y fuese necesario levantarla de cimientos, lo cual no puede hacerse sino con muy crecidos gastos, corresponderian estos al propietario. Se infiere tambien que el usufructuario debe usar y gozar de la cosa como un buen padre de familias, el cual no pierde las cosas con el uso, sino que antes de que se deterioren demasiado las procura restablecer y reparar (3). Asimismo si se le concede el usufructo de una grey, debe reponer las ovejas que mueran con otras nuevas; y si es viña, en lugar de las vides secas plantar

(1) L. 20. tít. 31. Part. 3. v. é este á quien es otorgado.
(2) L. 22. tít. 3. Part. 3.
(3) Ll. 20. y 22. tít. 31. Part. 3.

otras de nuevo (1). Finalmente, es claro que el usufructuario debe dar caucion al propietario, pues este debe estar cierto de que su cosa se conservará ilesa. Está, pues, obligado á afianzar dos puntos: 1.º que usará y gozará de la cosa á arbitrio de buen varon: 2.º que cuando él muera, ó de otra suerte se acabe el usufructo, restituirá la cosa intacta al mismo propietario ó á sus herederos (2). Pero esta caucion cesa siempre que el usufructo se concede por la ley; y asi aunque el padre goce de los bienes adventicios del hijo, con todo, no da caucion, á causa de ser legal este usufructo (3), como tambien porque sería impiedad que un hijo tuviese tan poca confianza de su padre.

Si se busca en qué cosas se pueda constituir el usufructo, hallaremos que la definicion dada lo declara bastantemente, porque constando de ella que se debe usar y gozar salva la sustancia de la cosa, se infiere que solo se puede constituir usufructo en cosas que no sean fungibles. Los juristas dividen las cosas en *fungibles*, que constan de número, peso y medida, esto es, que se compran y venden contadas, pesadas y medidas; y en no *fungibles*, que no admiten estimacion, segun número, peso y medida. Pero como estas definiciones son algo obscuras, aclararémos mas la diferencia de las cosas fungibles y no fungibles: 1.ª diferencia. Las cosas fungibles de nada sirven, si no se consumen, v. gr., el vino, el pan, el trigo; pero de las no fungibles podemos usar dejándolas ilesas, v. gr., un campo, una casa.

2.ª En las cosas fungibles el dar otro tanto es dar la misma cosa; v. gr., se me han dado prestados cien pesos; si yo vuelvo otros tantos satisfago cumplidamente, aunque no haya vuelto los mismos cien pesos que recibí;

(1) L. 22. tít. 31. Part. 3.
(2) L. 20. id.
(3) L. 5. tít. 17. Part. 4.

mas en las cosas no fungibles una cosa igual ó equivalente no es la misma; y asi, si yo presté un libro y vuelvo otro del mismo tamaño, y aun igual en todo, no satisfago, sino que debo volver el mismo en especie.

3.ª Las cosas fungibles no admiten regularmente precio de particular afeccion; v. gr., un peso por habérmelo dado el Rey no vale mas que otro peso que he recibido de un rústico; pero las cosas no fungibles sí lo admiten; y asi un libro, aunque no valga mas de diez ó doce reales, puede ser para mí de mayor estimacion que diez ó doce reales, por ser regalo de un Príncipe, ó de un gran amigo, y un monumento de su cariño.

Ahora, pues, el usufructo solo se puede constituir en las cosas no fungibles, porque estas solas no se consumen con el uso, y el usufructo es un derecho de usar y de gozar de la cosa salva su sustancia; y asi seria un absurdo si á Ticio, v. gr., se concediese el usufructo de una botija de vino, pues si usaba de él ninguna utilidad quedaria al propietario. Con todo, para este caso se inventó un *cuasi usufructo*, que tiene lugar en las cosas fungibles, prestando caucion el cuasi usufructuario que acabado el uso de la cosa volverá otro tanto en el mismo género de aquello que recibió. De esta suerte, si yo tengo el cuasi usufructo de una bodega de vino, podré consumirlo todo, dando caucion de que acabado el tiempo de este usufructo volveré tantas botijas de vino como las que contenia la bodega, y que será de la misma calidad &c. (*)

(*) Se preguntará ¿si en vestidos podrá consistir verdadero usufructo, ó si solo será *cuasi*, en el caso de que un testador concediese en su testamento á otro el usufructo de sus vestidos? Y se responde que puede ser uno y otro: será verdadero usufructo si de tal suerte concedió el testador el uso de sus vestidos, que quede obligacion de restituir los mismos en especie acabado el tiempo de la concesion; y será *cuasi*, si se deben restituir otros ó su estimacion. Hein. en este tít. §. 419.

Siendo justo que el que percibe las comodidades de la cosa sufra sus cargas, se sigue: que el usufructuario que logra todos los frutos de la cosa debe pagar los tributos, pechos y demas contribuciones á que esté obligada la cosa.

Hemos visto hasta aqui la naturaleza del usufructo: falta ver cómo se constituye, y cómo se acaba. Se constituye el usufructo, ó por la ley, ó por el dueño de la cosa. Por la ley siempre que las leyes disponen que en estas ó en aquellas cosas tengamos el usufructo; v. gr., las leyes mandan que al padre competa el usufructo en los bienes adventicios de sus hijos (1). El señor puede conceder el usufructo de su cosa ó por última voluntad, esto es, por legado, ó por pacto (2). En el primer caso no hay necesidad de tradicion, sino que el usufructuario adquiere derecho en la cosa en virtud del testamento luego que el testador muere. En el segundo caso el pacto solo da derecho á la cosa, esto es, accion personal contra el que promete para que realice el usufructo prometido; pero no habrá derecho en la cosa hasta que se verifique la *cuasi tradicion*. Esta concesion de usufructo entre vivos se hace, ó por voluntad espresa del señor, por pacto, como llevamos dicho, ó por voluntad tácita, como si alguno dejó que otro usara y gozara de su cosa sin contradecírselo por el tiempo de diez años en su presencia, ó de veinte en ausencia, pues entonces adquiere el usufructo por prescripcion.

Los modos de acabarse el usufructo nacen de su naturaleza y definicion; y asi cesa primeramente el usufructo por la muerte natural del usufructuario (3), pues es servidumbre personal que se debe á la persona, y acaba con ella. Pero si á una ciudad ó república, que es persona mo-

(1) L. 5. tít. 17. Part. 4.

(2) L. 20. tít. 31. Part. 3. ibi. *é tal otorgamiento como este puédese facer por postura, ó en testamento.*

(3) L. 24. tít. 31. Part. 3.

ral, y no se entiende que muere, se la deja algun usufructo, nuestras leyes disponen para este caso que dure cien años (1), si no se señaló tiempo: y es la razon, porque en el usufructo es necesario que la propiedad no sea del todo inútil al señor, y lo seria si nunca volviese al propietario el usufructo. 2.° Cesa tambien por muerte civil, esto es, por servidumbre ó por destierro perpetuo (2). 3.° Por consolidacion, esto es, cuando el usufructo se une á la propiedad, pues como ya se ha dicho mas de una vez, á ninguno puede servir su cosa (3). 4.° Estinguida la cosa se estingue tambien el usufructo que se tenia en ella. 5.° Por no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; pero no por el abuso de la cosa, pues para este caso está bastante asegurado el propietario con la fianza que se le ha otorgado por el usufructuario. 6.° Se acaba por enagenacion hecha por el mismo usufructuario, la cual no produce mas efecto que hacer que el usufructo vuelva al propietario, y nunca pasará al otro á quien se queria enagenar (4). Finalmente, se acabará el usufructo por acabarse el tiempo por el cual se concedió la cosa, si éste se señaló al tiempo del pacto.

TÍTULO V.

DEL USO Y DE LA HABITACION.

Fuera del usufructo nos restan otras servidumbres personales, conviene á saber: el *uso*, *la habitacion y las obras de los siervos*. La diferencia que hay entre el usufructo y el uso es clara si se tiene presente lo dicho arriba. El

(1) L. 24. tít. 31. Part. 3.

(2) Véase la misma ley 24.

(3) Dicha ley 24.

(4) Dicha ley 24. véase para estos dos casos, y para el que resta la misma ley 24. citada.

usufructuario no solo usa para ocurrir á su necesidad, sino que á mas de esto goza de la cosa para su utilidad y placer: el usuario solamente usa, no goza. Se definirá, pues, el *uso* diciendo que es *un derecho de usar de las cosas agenas para sacar de ellas lo precisamente necesario y salva su sustancia.* De aqui nacen varios axiomas: 1.º *Menos provecho se saca del uso que del usufructo* (1); pues en el usufructo se adquiere todo aquello que ordinariamente da la cosa, ahora sean frutos para necesidad, utilidad ó placer, pero el usuario solamente toma lo que necesita; y asi, 2.º axioma, *el uso solamente satisface la necesidad de cada dia* (2). Con varios ejemplos aclararemos esta materia. El que tiene el uso de una heredad solo debe tomar de las yerbas, frutas, flores, hortaliza &c., lo que ha menester para comer él y los de su casa, pero no para dar á otro, ni para vender (3). Si á alguno se le concede el uso de una casa, la puede habitar, pero no toda, sino solo aquellas piezas de que tenga necesidad, segun su condicion; pero no podrá alquilarla, y solo se le permite recibir huéspedes si quiere (4). El que tiene el uso de algun ganado, puede tomar de la leche, lana, estiércol, todo aquello que necesite, segun sus circunstancias y número de su familia (5).

Finalmente, como el uso solo está ceñido á la necesidad del usuario, es claro que este no puede venderlo, ni alquilarlo, ni concederlo graciosamente á otro, como tampoco las cosas que son su materia.

(1) L. 20. tít. 31. Part. 3. ibi. "*E de tal otorgamiento como este no se puede aprovechar dél tan lleneramente aquel á quien es fecho como del usufructo.*"

(2) Dicha ley 20. tít. 31. Part. 3. ibi. "*Porque este que ha el uso tan solamente non puede esquilmar la cosa si non en lo que oviere menester ende para su despensa.*"

(3) La misma ley 20. cerca del fin.

(4) L. 21. tít. 29. Part. 3.

(5) L. 21. ya citada.

La tercera servidumbre personal se llama *habitacion*: esta es *un derecho de habitar la cosa agena sin deteriorarla*. Por esta servidumbre se concede no solo el uso, sino el goce de todas aquellas piezas de la casa que estan destinadas para habitacion. De donde se infiere que este derecho es mas pingüe y comprende mas que el uso de la casa (1). El usuario recibe solo aquellas piezas que ha menester, y el habitador las tiene todas con tanta amplitud, que puede concederlas gratis, ó alquilarlas á otros, lo cual dijimos poco antes que no podia el usuario (2).

De la misma definicion aparece claramente que este derecho de habitacion es menos pingüe que el usufructo de una casa (3), pues el usufructuario percibe los frutos de todas las partes que la componen, de suerte que se aprovecha de sus tiendas, de sus baños, huertas, jardines &c.: por el contrario el habitador solo tiene las piezas destinadas á habitacion, y nada mas.

La última servidumbre personal son las obras de los siervos. Por ella entendemos *un derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ageno*. Es de mas utilidad esta servidumbre que la de uso de un siervo, porque el usuario no utiliza todas las obras, sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad, y asi no puede locarlas á otro, como puede justamente aquel á quien se ha otorgado servidumbre de obras.

TÍTULO VI.

DE LA USUCAPION.

Dijimos arriba que los modos de adquirir unos eran de derecho de gentes, y otros de derecho civil. Los pri-

(1) Cotéjese la ley 21. con la 27. tít. 31. Part. 3.
(2) L. 21. tít. 31. Part. 3.
(3) L. 20. tít. 31. Part. 3. v. La segunda manera es.

meros establecimos que eran tres: ocupacion, accesion y tradicion. Síguense ahora los civiles, que son los que no nacen solamente de la razon natural, sino que provienen en mucha parte de las leyes civiles. Estos módos de adquirir por derecho civil se dividen en *universales*, por los cuales se nos transfiere todo el derecho que alguno tiene en sus cosas; de suerte que este sucesor universal entra en todos los derechos de su antecesor, y recibe en sí todas sus obligaciones; y *singulares*, por los que no pasa todo el derecho de otro á nosotros, sino solamente se adquiere el dominio de una cosa singular. De los modos universales no conocemos otro en el dia mas de la herencia; de los singulares hay cuatro: usucapion ó prescripcion, donacion, legado y fideicomiso. Trataremos primeramente de la prescripcion y luego de lo demas.

La prescripcion podemos decir que es *un modo de adquirir el dominio de una cosa capaz, por cierto tiempo establecido en derecho habiendo buena fé, justo título y estando en posesion de ella.* Antes de esplicar los cinco requisitos esenciales para la prescripcion que se contienen en la definicion dada, es necesario decir algo sobre su justicia, y utilidad que acarrea á la república.

Es innegable que el bien público se debe anteponer á todo otro particular: de esta suerte ninguno puede dudar que sea justa la prescripcion, viendo que el público se interesa en el cultivo de las tierras, y en que los dominios de las cosas no esten inciertos. De otro modo el descuido y negligencia de los poseedores acarrearia notables perjuicios al Estado, y ninguno estaria cierto de que era verdadero señor de la cosa, á mas de estar siempre obligado á responder al que alegase dominio en ella, volviéndose de este modo los pleitos inmortales. Este es el motivo por qué despues de varias controversias se ha admitido la prescripcion entre las naciones, siendo fuera de esto conforme al

derecho natural, que aquellas cosas que son de ninguno, cedan al primero que las ocupa; y las cosas abandonadas por su dueño las tiene el derecho por de ninguno. ¿Y qué cosa se podrá llamar con mas razon abandonada que aquella que en un espacio considerable de años no es buscada ni solicitada por su dueño, ni vindicada del que la posee? Con razon, pues, pierde el dominio de la cosa en pena de su negligencia, y porque las cosas que se tienen por abandonadas ceden al primero que las ocupa (1).

Veamos ahora los requisitos de la prescripcion, que, como se ha dicho ya, nacen de su definicion. El 1.° es la *buena fé*. Por ella entendemos un juicio recto, por el cual uno cree que es verdadero señor de la cosa; y asi, si uno compra un libro sabiendo que no es del vendedor, sino de otro, no lo adquiere por prescripcion, pues se lo impide la mala fé. Nuestro derecho no requiere buena fé sino al principio, esto es, que en el tiempo del contrato ó de la adquisicion se crea uno dueño, de suerte que la mala fé superveniente no daña (2); v. gr., si yo compro un libro, y despues de tenerlo dos años creyendo que habia comprado de un verdadero señor, comienzo á oir que no lo era del libro, con todo, la prescripcion corre, y yo adquiero. Pero esto se halla enmendado por el derecho canónico, que requiere buena fé contínua y perpetua desde el principio de la prescripcion hasta el fin (3), y asi se practica.

2.° El otro requisito es el *justo título*, esto es, una causa tal que sea hábil para transferir el dominio, como ya

(1) L. 1. tít. 29. Part. 3. Véase á Olmeda en el derecho público de la paz, tomo 1. cap. 11.

(2) L. 12. tít 29. Part. 3.

(3) Cap. 20. de prescrip. *Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, sinodali judicio deffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canónica, quam civilis, cum generaliter sit omni consuetudini derogandum quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet ut nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.*

esplicamos en otra parte. De esta suerte, aunque el título sea justo, si no es hábil para transferir el dominio es absurdo creer que la cosa poseida de este modo se pueda prescribir; y asi, v. gr., si alquilé una casa y la he poseido por diez ó veinte años, no por esto me hago dueño de ella, porque la locacion conduccion no es título hábil para transferir el dominio, aunque en sí es justísimo (1). De aqui se sigue que no es suficiente para la prescripcion el error de justo título; v. gr., tengo una cosa mueble por mia, creyendo que la compré ó que me fue donada, si despues sé que no es asi, aunque la haya tenido tres años, no la prescribo (2), si no es que el error fuera invencible, procedente de hecho ageno, que entonces valdria la prescripcion, como si uno mandase á su procurador que le comprara alguna cosa, y éste no lo hiciese asi, sino que la hubiese sin título, y la entregase al señor diciéndole que la habia comprado, teniendo esta cosa por tres años, la prescribirá por ser el error invencible y de hecho ageno (3).

Antes de pasar adelante es necesario advertir que el título puede ser *verdadero* ó *no verdadero*. Título *verdadero* es aquel en fuerza del cual se transfiere el dominio sin necesidad de prescripcion, como cuando la cosa se ha comprado de su verdadero señor. El *no verdadero* puede ser de tres maneras, *putativo*, *colorado* y *presunto*. *Putativo* se llamará cuando se juzga que hay título, no habiéndolo hábil, como el que cree que una cosa la posee por donacion, siendo recibida en préstamo. *Colorado* es aquel que tiene visos de verdadero título, pero en realidad de verdad no tiene fuerza de tal, como el que ha comprado una cosa de uno que no es verdadero señor, pero el que la recibe cree que lo es. Título *presunto* es aquel que el de-

(1) Véase la ley 9. tít. 29. Part. 3.
(2) L. 14. dicho tít. y Part.
(3) Véase la misma ley del mismo tít. al fin.

recho presume que intervino, aunque en realidad no haya intervenido. Esto supuesto, veamos cuál de estos títulos es necesario para la prescripcion.

1.º El título verdadero no se requiere, antes habiéndolo no se da prescripcion, porque ya se adquirió dominio.

2.º Para la prescripcion ordinaria de tres dias y veinte años se requiere título colorado (1).

3.º Para la prescripcion de larguísimo tiempo, esto es, de treinta, cuarenta y cien años, basta título presunto; y es la razon, porque con el curso de tanto tiempo presume el derecho que hay justo título no habiéndose reclamado la cosa; y aunque habiendo mala fé no se prescriba segun derecho canónico, con todo, el derecho civil quita la accion para reclamar su cosa á los dueños (2) en atencion á las razones dichas.

4.º El título putativo no basta para la prescripcion ordinaria de tres años &c. (3), pero sí para la de las servidumbres; y es la razon, porque el uso de uno y paciencia del otro por tantos años sirve de título.

Se sigue el 3.º requisito de la prescripcion, y es que la cosa sea capaz de ser prescripta.

1.º Son imprescriptibles las cosas forzadas, hurtadas, ó poseidas con mala fé, no solo por el ladron, lo cual es indubitable (4), sino tambien por el tercer poseedor, segun opinan muchos autores (5), fundándose en la ley 5.ª, título 15, lib. 4.º de la Rec., y es enteramente cierto que ningun poseedor de mala fé prescribe, si se atiende al derecho

(1) Arg. de la ley 9. tít. 29. Part. 3., y de la 14. en el princ.

(2) Véanse las leyes 21. 23. y 27. dicho tít. y Part., de las que se hace argumento para probar lo dicho.

(3) L. 14. tít. 29. Part. 3.

(4) L. 5. tít. 15. lib. 4. Rec.

(5) Vela, Dis. 48. n. 45. Covarrubias en la regl. Possesor. Molina de Prim. lib. 2. cap. 6.

canónico, que no admite prescripcion, si no es que el poseedor persevere en buena fé hasta el último dia de su complemento; y asi, se tiene por derogada la ley 21, tít. 29, Part. 3.ª, la cual establece que con treinta años de posesion se adquiere la cosa de cualquier modo que la hubiere adquirido (1).

2.° Item: es imprescriptible el hombre libre (2).

3.° El sumo imperio y jurisdiccion civil y criminal que tienen los Reyes, y todo lo que no se puede hacer sin tenerla, no se puede prescribir, pues con motivo de ser inherente á los huesos del Príncipe es necesario serlo para gozarla (3).

4.° Está tambien enteramente prohibida la prescripcion, aun inmemorial, de los pechos y tributos debidos al Rey, como tambien de las alcabalas, en lo cual se declara que no corre el tiempo, y que la prescripcion se tiene por injusta y dañosa al bien comun (4).

5.° Las cosas hipotecadas, empeñadas, arrendadas ó alquiladas tampoco se pueden prescribir por tiempo alguno, pues los que las tienen no poseen por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen (5) (*).

(1) Véase á Greg. Lop. en la glosa de dicha ley 21. tít. 29. P. 3.

(2) L. 24. dicho tít. y Part.

(3) L. 1. tít. 15. lib. 4. de la Rec.

(4) Véase la dicha ley 1. al fin, y la 2. tít. 15. lib. 4. de la misma Rec.

(5) L. 4. tít. 15. lib. 4. Rec., y 22. tít. 29. Part. 3.

(*) Lo que reciben los presidentes, gobernadores y jueces por cohecho ó baratería, contra la terminante prohibicion de la ley, no se prescribe por tiempo alguno, pues lo que en su principio es criminal y vicioso jamas puede tener efecto; y asi, la restitucion les amenaza constantemente. Tampoco pueden prescribirse las cosas de los pupilos y menores de veinte y cinco años, segun lo dispone la ley 9. tít. 19. Part. 6. Ni los bienes adventicios del hijo de familia, como espresamente lo determina la 8. tít. 29. Part. 3. Ni los bienes dotales que la muger dió al marido para sostener las cargas del matrimonio, segun di-

El 4.º requisito es el tiempo prefinido por derecho; y como este es vário, segun la calidad de las cosas que se prescriben, se advierte que la prescripcion una es temporal y otra inmemorial. Esplicaremos primero la diversidad de tiempos que comprende la temporal, que se llama asi por estar ceñida á cierto tiempo.

1.ª La primera prescripcion de esta naturaleza es la anual. Con ella se prescribe la pena en que cayó el que salió por fiador de otro para presentarlo en juicio hasta cierto tiempo y bajo de la dicha pena. Si incurriere en ella por no haber cumplido lo prometido, y no se le pidiere dentro de un año, contado desde el dia en que cayó en la pena, la prescribió, y no puede ser en adelante demandado (1).

2.ª La segunda prescripcion temporal es la de tres años, con que se adquieren las cosas muebles (2), y se prescriben los salarios de los criados, no pidiéndolos en todo este tiempo, contado desde que fueron despedidos de sus señores. Asimismo, pasados tres años no pueden pedir lo que hubieren dado de sus tiendas los boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos por lo tocante á sus hechuras; y los especieros y confiteros, y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer (3), como tambien los salarios de los abogados y procuradores, no habiéndose contestado demanda sobre ello antes que hayan pasado los mismos tres años (4).

3.ª La tercera especie de prescripcion temporal es la de diez años, y con esta se ganan los bienes raices entre pre-

cha ley 8; y por último, tampoco puede prescribirse lo que deja el testador con prohibicion de que se enagene. Los fundamentos de cada una de estas disposiciones se hallarán al alcance de cualquiera, y asi creemos innecesario manifestarlos.

(1) Véase este caso espreso en la ley 10. tít. 16. lib. 5. Rec.

(2) L. 17. tít. 29. Part. 3.

(3) L. 9. tít. 15. lib. 4. Rec.

(4) L. 32. tít. 16. lib. 2. Rec.

sentes (1), y el derecho de ejecutar por obligacion personal (2).

4.ª La prescripcion de veinte años, que es la cuarta, sirve para adquirir los bienes raices entre ausentes (3), y la accion personal y ejecutoria dada sobre ella (4).

5.ª La quinta manera de prescripcion, que es de treinta años, sirve para ganar por este tiempo segun derecho de Partidas las cosas con mala fé, con la diferencia de que habiendo buena fé, el que prescribe, si otro le quita la cosa, puede pedirla en juicio, si no es que sea el verdadero señor el que se la quitó; pero si la poseyese de mala fé no puede demandar la posesion, si no es que otro se la hubiese robado á él, ó la hubiese dado prestada ó alquilada. Tambien puede recobrarla si el juez le hubiese quitado la dicha cosa por no responder á la citacion, pues en este caso si viniese dentro de un año y respondiese á la demanda puesta, se le entregará, pagando las costas (5). Tambien se prescriben por treinta años las acciones real, hipotecaria, y mista de real y personal (6).

6.ª La otra especie de prescripcion temporal es de cuarenta años, y con ella se adquieren las cosas de las iglesias que sean raices, pues las muebles se pierden por tres años como todas las demas.

Tambien se adquieren por el dicho tiempo los bienes que son de patrimonio de alguna ciudad ó villa, y que no son de uso comun á todos los del pueblo (7), como siervos, viñas, navíos &c.; pues las públicas, como plazas, ca-

(1) L. 18. tít. 29. Part. 3.
(2) L. 6. en el principio, tít. 15. lib. 4. Rec.
(3) Dicha ley 18. tít. 29. Part. 3.
(4) L. 6. tít. 15. lib. 4. Rec.
(5) L. 21. tít. 29. Part. 3.
(6) L. 6. tít. 15. lib. 4. Rec.
(7) L. 7. tít. 29. Part. 3.

lles &c. solo por tiempo inmemorial se podrán prescribir. Prescríbese, finalmente, por cuarenta años el derecho de prenda, poseyendo este tiempo la cosa el deudor mismo ó su heredero, ú otro alguno á quien él mismo la hubiese obligado otra vez (1).

7.ª La séptima especie de prescripcion temporal, aunque de larguísimo tiempo, es la de cien años. Pero este privilegio solo está concedido á las cosas raices de la iglesia de Roma (2); y asi, si alguno posee un campo que pertenezca á los dominios del Papa, por cualquier título que lo haya adquirido de alguno que no sea señor, no prescribirá, si no es que pasen cien años.

Síguese la prescripcion inmemorial, la cual no está reducida á tiempo cierto, y se llama asi, porque para que lo sea es necesario que la posesion de la cosa sea tan antigua que no haya memoria de lo contrario. Debe, pues, probarse esta prescripcion con testigos de buena fama que depongan haber visto poseer la cosa por espacio de cuarenta años, y que asi lo oyeron decir á sus mayores, y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario; y que de ellos es pública voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra (3). Por esta prescripcion se adquiere el señorío de cualesquiera ciudades, villas y lugares, y la jurisdiccion civil y criminal, entendiéndose sujeta á la suprema que reside en el Monarca, la que, como se ha dicho, no se puede prescribir.

5.º El último requisito para la prescripcion es la *posesion contínua* (4). La palabra posesion no se toma aqui

(1) Véase la ley 27. tít. 29. Part. 3., y la ley 6. tít. 15. lib. 4. Rec.

(2) L. 26. tít. 29. Part. 3.

(3) L. 1. tít. 15. lib. 4. Rec., que se refiere á la 1. tít. 7. lib. 5. de la misma.

(4) L. 9. tít. 29. Part. 3., y la ley 29. del mismo tít. Arg. de la ley 1. tít. 15. lib. 4. de la Rec.

en sentido natural y gramatical, esto es, por la nuda detencion de la cosa, sino en sentido civil y jurídico, en el que se requiere detencion corporal y ánimo de adquirir (1). El que detiene, pues, la cosa de este modo con una contínua y no interrumpida posesion, y por el tiempo establecido por las leyes, adquirirá el dominio por medio de la prescripcion. De aqui se sigue que la posesion interrumpida no aprovecha: esta interrupcion puede ser de dos maneras, natural ó civil (2): la natural se verifica cuando uno es echado de la posesion, ó por el verdadero señor ó por otro: la civil se hace por acto judicial cuando el verdadero señor entabla su accion en juicio contra el poseedor de su cosa, y éste es citado y emplazado por el juez (3). Impedida, pues, la posesion de alguno de estos modos, se tiene por interrumpida la prescripcion, y no aprovecha el tiempo corrido; desuerte que si uno hubiera poseido la cosa raiz por nueve años, y en el décimo se le interrumpe, de nada le aprovechan los años corridos (si no es que sea absuelto de la demanda); y asi, debe comenzar de nuevo el tiempo de su prescripcion, desde el dia en que volvió á poseer la cosa (4).

No solamente se interrumpe la prescripcion mediante demanda judicial, sino tambien por la interpelacion hecha ante los vecinos de la casa, y protesta de que solo por impedimento no lo demanda en juicio (5), y si el poseedor es huérfano ante su tutor (6).

Resta ahora investigar si al sucesor aprovechan los años que ha poseido el antecesor; v. gr., ¿si yo prescribi-

(1) L. 1. tít. 30. Part. 3.
(2) L. 1. tít. 15. lib. 4. de la Rec.
(3) L. 29. tít. 29. Part. 3.
(4) Dicha ley 29. del mismo tít. y Part.
(5) L. 30. tít. 29. Part. 3.
(6) L. 29. y 30.

ré una cosa raiz que mi padre poseyó seis años, poseyéndola yo los cuatro restantes? En este particular es regla general la siguiente: *el sucesor continúa la posesion de su antecesor, sea sucesor universal, sea singular, siempre que ambos tengan buena fé*; pero para comenzar la prescripcion desde sí mismos no les daña la mala fé de su antecesor. (1).

TÍTULO VII.

DE LAS DONACIONES.

Donacion es *una liberalidad hecha á otro, sin que ningun derecho nos obligue á ello* (2). Se llama *liberalidad*, porque no puede verificarse donacion sin cosa que tenga algun valor. Es necesario que sea *hecha á otro*, porque ninguno puede donarse á sí mismo. Finalmente, debe ser *sin que ningun derecho nos obligue á ello*, porque cuando uno da á otro lo que le debe, no dona, sino que paga.

La donacion en general se divide en una que se hace *entre vivos*, y otra por *causa de muerte* (3). La primera es la que se hace sin respecto ni consideracion al caso de muerte. Y la segunda se verifica por miedo, ó con reminiscencia á ella, de suerte que el donante quiere mas tener la cosa que darla, si no es que muera. Para entender la diferencia de estas dos donaciones es menester distinguir si uno dona de tal suerte, que transfiera el dominio luego al punto, y solo se reserve la posesion hasta la muerte, ó si el donante no transfiere otra cosa que la esperanza, y el dominio hasta despues de su muerte. En el primer caso es donacion entre vivos, esté sano ó moribundo el que la hace. En el segundo es donacion por causa de muerte, ahora esté próximo el peligro, ahora no.

(1) L. 16. tít. 29. Part. 3.
(2) L. 1. tít. 4. Part. 5.
(3) Ll. 1. y 11. tít. 4. Part. 5.

Esto supuesto, veamos quién puede donar. Una y otra donacion es realmente liberalidad que transfiere el dominio en el donatario, ya sea al punto ó para lo por venir. Dominio entre vivos no puede tranferir sino el que es señor, y tiene la libre administracion de sus bienes (1). La donacion por causa de muerte, como es muy semejante á la última voluntad, solo transfiere el dominio de este modo aquel que puede hacer testamento.

De estos axiomas se infiere aquel que no puede donar entre vivos: 1.º el menor de veinte y cinco años: 2.º el loco, desmemoriado ó pródigo, á quien le está prohibida la administracion de sus bienes: 3.º el hijo que está bajo el poder de su padre sin su licencia, si no es que fuese del peculio castrense, ó cuasi castrense, del cual puede disponer á su arbitrio, pues del profecticio solo podrá hacer donacion por causa justa (2): 4.º el que es reo de delito de lesa-magestad, á no ser que lo cometa despues de hecha la donacion (3), aunque éste y todo condenado á muerte puede donar de los bienes que no le han sido confiscados (4).

Como la donacion entre vivos hemos dicho que es un pacto, y éste no se puede hacer sin promesa de parte de uno, y aceptacion de parte de otro, se sigue que la donacion requiere aceptacion, sin que se deba poner en esto diferencia entre la donacion por causa de muerte y la entre vivos, pues una y otra se ha de aceptar; antes bien en esto consiste la diferencia entre la donacion por causa de muerte, y el legado ó fideicomiso, pues aquella se debe aceptar por el donatario presente, y el legado ó fideicomiso se puéde dejar al ausente ó ignorante. Se requiere tambien que el donante y donatario sean personas diversas,

(1) Arg. de la ley 1. tít. 4. Part. 5.
(2) L. 3. tít. 4. Part. 5.
(3) L. 2. del mismo tít.
(4) L. 3. tit. 4. lib. 5. Rec.

pues es evidente que ninguno puede donarse á sí mismo. Esta es la razon de no valer la donacion entre el padre y el hijo, pues el derecho los reputa por una misma persona. Esta misma razon habia antiguamente para que no valiese la donacion entre marido y muger; pero nuestro derecho las prohibe, porque el mútuo amor seria causa de que empobreciesen haciéndose donaciones cuantiosas (1); y se prueba ser esta la razon mas propia, de una ley del Fuero Real que permite hacer estas donaciones pasado el primer año, en el que se deja ver que el amor será mas vivo y tierno (2).

Hemos dicho que la donacion es una liberalidad, y ésta debe transferir una cosa que traiga alguna utilidad. La traen, pues, todas las que estan en el comercio de los hombres, por lo cual no se pueden donar las cosas sagradas, santas, religiosas, públicas &c. Son tambien útiles las cosas incorporales, como los derechos, servidumbres, obligaciones &c.; y asi no hay duda que se pueden donar. Pueden traer tambien utilidad todos los bienes presentes y futuros de alguno que fuese tan liberal, ó por mejor decir, tan pródigo que los quisiere donar; pero para evitar los graves inconvenientes que tendria semejante donacion, la ha prohibido espresamente el derecho, estableciendo que ni aun todos los bienes presentes se puedan donar (3). Finalmente, las cosas agenas pueden prestar utilidad, y asi se pueden donar; pero esta donacion solo producirá efecto en el caso de que el donatario reciba la cosa con buena fé, esto es, creyendo que el que se la dona es verdadero señor, pues entonces adquirirá la cosa por prescripcion, si el dueño no la vindicare en tiempo oportuno.

Las dos especies de donaciones ya esplicadas se dife-

(1) L. 4. tít. 11. Part. 4.
(2) L. 3. tít. 12. lib. 3. del Fuero Real.
(3) L. 8. tít. 10. lib. 5. de la Rec.

rencian primeramente en el modo de donar. La donacion entre vivos, como solamente es pacto, no requiere mas que el consentimiento, y asi no necesita de solemnidades algunas; pero la donacion por causa de muerte necesita de tres ó cinco testigos por participar de la naturaleza del testamento. 2.° Se diferencian por razon de la libertad de donar; y asi como entre vivos hay peligro de llegar á pobreza si se hacen donaciones cuantiosas, por eso se ha mandado que esta donacion no esceda de quinientos maravedís de oro, que en pesos fuertes de nuestra moneda hacen mil doscientos ochenta; y para que la donacion pueda ser mas cuantiosa de lo dicho es necesario sea hecha á lugares piadosos, ó al Rey, ó que se haga con escritura pública y otorgamiento del juez (1). Más la donacion por causa de muerte, como vale ó tiene efecto hasta despues de la muerte, y no hace mas pobre al donante, por grande que sea, no necesita de insinuacion. 3.° Se diferencian en el efecto. La donacion entre vivos vale al punto, y una vez hecha, no se puede revocar sin causa; pues aquello que se hace por mútuo consentimiento no se puede disolver sino por mútuo disentimiento; pero la donacion por causa de muerte siempre es revocable, porque participa de la naturaleza de las últimas voluntades, que son variables como el hombre hasta el punto de la muerte. 4.° Se diferencian por razon de la traslacion del dominio. La donacion entre vivos es título hábil para transferirlo; pero el título no da sino solo derecho á la cosa, y para tenerlo en la cosa es necesaria la subsiguiente tradicion. Asi, pues, no me hago señor de la cosa donada hasta que se verifique la tradicion. Por el contrario, porque la donacion por causa de muerte, es semejante á la última voluntad, y por ésta pasa el dominio á nosotros sin tradicion luego que el tes-

(1) L. 9. tít. 4. Part. 5.

tador ó donante ha muerto; de aqui es que las cosas donadas de esta suerte se hacen nuestras luego que el donante muere, no habiéndolas revocado antes. 5.º Se diferencian por razon de la paga. El que es reconvenido por la donacion entre vivos goza del beneficio de competencia, y no se le condena en toda la cantidad, no teniendo con que pagar, pues se le debe dejar lo necesario para pasar la vida sin mendigar. Finalmente, se diferencian en las acciones. La donacion entre vivos, como solo da derecho á la cosa, no pruduce accion real, sino solo personal contra el donante. Por el contrario, la donacion por causa de muerte, siendo semejante á la última voluntad, ó á los legados, se pide con las mismas acciones que estos, conviene á saber, rei vindicatoria, hipotecaria y personal contra el heredero.

Hemos advertido poco ha que la donacion entre vivos es irrevocable; pero esta regla (como todas) tiene sus escepciones. La 1.ª es: si la donacion hecha es inoficiosa; y se llama asi aquella por la cual los hijos del donante son dañados en su parte legítima, y se revocará en toda aquella cantidad en que esceda del quinto de que tiene el padre libre disposicion (1). 2.ª Se revoca tambien todo lo que esceda de quinientos maravedís de oro, no siendo la donacion hecha con alguna de las condiciones dichas arriba para que valgan las donaciones cuantiosas (2). 3.ª Revócase tambien la donacion por ingratitud del donatario. Mas como la ingratitud es, ó simple cuando uno no agradece, ni hace bien á su bienhechor, ó grave cuando le hace mal, es menester notar que la primera no basta para revocar la donacion, sino que es necesaria la segunda, de la cual asignan las leyes cuatro casos: 1.º cuando el donatario deshonra de palabra al donante, ó le acusa de algun de-

(1) L. 8. en el fin, tít. 4. Part. 5.
(2) L. 9. en el fin, tít. 4. Part. 5.

lito por el cual merece pena de muerte ú otra semejante. 2.º Cuando le injuria de hecho poniendo manos airadas en él. 3.º Cuando le hace grande daño en sus cosas. 4.º Cuando le procura la muerte (1). Pero es digno de notarse que el donante solamente puede revocar la donacion hecha al ingrato, mas no sus herederos, pues si él no la revocó en vida, se hace juicio que perdonó la injuria; y es regla general que *las acciones que miran solamente á la venganza no se dan á los herederos*. Pero ni aun contra los herederos del donatario ingrato tiene el donante accion para revocar la donacion hecha, porque solo se ha establecido para la venganza, y ésta solo tiene lugar contra el que nos agravió, lo que de ningun modo ha hecho el heredero. Se puede, finalmente, revocar la donacion por nacerle hijos al donante, como espresamente lo dispone nuestro derecho (2).

§. ÚNICO.

De las donaciones llamadas propter nuptias.

Hay varias donaciones entre el hombre y la muger antes del matrimonio. La primera es llamada *dote*, y no es otra cosa que aquel caudal ó bienes que la muger da al marido por razon de su casamiento, á efecto de ayudar á sostener las cargas del matrimonio: de ésta hemos tratado en otra parte.

Las arras son de tres maneras. Unas son lo que el esposo da ú ofrece á la esposa por razon de la dote que con ella recibe, ó por honor del matrimonio, y atencion á la virtud, honestidad y otras apreciables prendas y circunstancias de que está adornada, ó por remuneracion y recompensa de su virginidad y nobleza; y esta donacion se

(1) L. 10. tít. 4. Part. 5.
(2) L. 8. tít. 4. Part. 5.

llama vulgarmente *Arra*, y por derecho de Partidas *Donacion propter nuptias* (1).

Lo que el esposo da simple y francamente á la esposa para su adorno, v. gr., anillos, aderezos &c., ó ésta á él antes que el matrimonio sea consumado, pero con esperanza y fin de casarse, se llama en latin *Sponsalitia largitas*; pero tácitamente se entiende que tal donacion como ésta la debe restituir el donatario al donante si fuese en su culpa que el matrimonio no se cumpla (2). Y si acaeciese morir alguno de ellos antes de consumarse, debe restituirse la donacion íntegramente al que la hubiere hecho, ó á sus herederos. Pero si fuere hecha por el esposo á la esposa, y la hubiere besado, no debe restituir ésta ni sus herederos mas que la mitad, y la otra mitad la pueden retener para sí (3).

Veamos ahora á cuánto pueden ascender estas donaciones. Sin embargo de que por las leyes (4) se permite poder hacer el marido á la muger, y ella á él, durante el matrimonio, y siendo consumado, donacion de algunos bienes, no haciéndose el uno mas rico y el otro mas pobre, es de advertir que el marido no puede dar ni ofrecer á su muger en arras ni en otra cosa alguna mas que la décima parte de sus bienes que líquidamente tuviere y poseyere al tiempo de contraer el matrimonio, ó al de su separacion, segun fuere capitulado, como lo dispone una ley del Fuero Real confirmada por otra de Recopilacion (5), en que se manda no se pueda renunciar aquella, y que en caso de hacerse sea nula la renuncia. Ni tampoco puede dar el marido á la muger en dichas arras, joyas y vesti-

(1) Véase la ley 1. tít. 11. Part. 4.
(2) L. 3. tít. 11. Part. 4.
(3) Dicha ley 3. del mismo tít. y Part.
(4) Véanse las leyes 4. 5. y 6. tít. 11. Part. 4.
(5) L. 2. tít. 2. lib. 3. del Fuero Real, y ley 2. tít. 2. lib. 5. Rec.

dos mas que lo que importare la octava parte de la dote que con ella recibiere (1), sin que se pueda tampoco renunciar este derecho, y los contratos que se hicieren en contrario no valen, y las cantidades en que hubiere esceso deben ser aplicadas á la Real Cámara (2).

La tercera especie de arras, y que lo son en todo rigor de derecho, es lo que los esposos de futuro se entregan antes de contraer matrimonio, en señal ó prenda para justificar y hacer constar los espónsales de futuro, ó una especie de pena que se imponen para que la pague el que se aparte de celebrarlo (3), lo cual, segun parece, ya no se practica en el dia.

Véase sobre todo este párrafo á Febrero, cap. 2 de la Librería de Escribanos, §. 1 y 2, á Colon de Escribanos, tomo 2, cap. 3, á Gomez en la ley 52 de Toro, y todo el tít. 11 de la Partida 4.ª Y se advierte por conclusion de este título, que cuando muere el marido despues de consumado el matrimonio llevará la múger ó los suyos todo lo que el esposo la dió siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, pues si las hubo elegirá la muger, y por su muerte sus herederos, tomando las arras ó lo que el marido la dió, la cual eleccion se ha de hacer dentro de veinte dias despues de requerirlos por los herederos del marido; y pasados la harán ellos, y podrán darla de las dos cosas la que quieran. (4).

TÍTULO VIII.

QUIÉN PUEDE ENAGENAR Ó NÓ.

En este título se debe notar una regla general, y dos

(1) Ll. 4. y 5. tít. 2. lib. 5. Rec.
(2) L. 5. del dicho tít. 2. lib. 5. Rec.
(3) Véase la ley 1. tít. 11. Part. 4.
(4) L. 4. tít. 2. lib. 5. Rec.

escepciones que padece. La regla es esta: *el señor puede enagenar su cosa*; cuya regla dimana de la naturaleza y definicion del dominio, que, segun dijimos, es el derecho en una cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla. Pero esta regla padece, como hemos dicho, dos escepciones, de las cuales se trata en este título. La 1.ª es que *algunas veces sucede que uno sea señor y con todo no pueda enagenar. 2.ª Otras veces el que no es señor tiene derecho de enagenar.*

La 1.ª escepcion, reducida á que algunas veces el señor no puede enagenar, se prueba con el ejemplo del marido, quien siendo señor de la dote no puede enagenarla (1); pero esto se entiende no habiéndosele entregado apreciada, pues si asi se entrega podrá enagenarla, quedando obligado á restituir la misma cantidad que recibió cuando se separe el matrimonio (2).

Otro ejemplo de un señor que no puede enagenar nos presenta el pupilo. Este en realidad de verdad es padre de familias, como tambien un menor; y con todo ninguno de los dos puede enagenar, porque estan bajo de tutela ó curatela, y no tienen la libre administracion de sus cosas (3). La diferencia que hay entre uno y otro consiste en que la enagenacion hecha por el pupilo es *ipso jure nulla* y de ningun valor (4); y la que hace el menor vale si jurare sostenerla (5). No pudiendo, pues, el pupilo enagenar, se sigue que no puede dar á mutuo, pues por este contrato se hace una verdadera enagenacion; y asi si el pupilo llegó á entregar el dinero y todavia existe en poder del que lo recibió, se puede vindicar, pues el pupilo en tal enagenacion

(1) L. 7. tít. 11. Part. 4.
(2) Véase hasta el fin la dicha ley.
(3) L. 17. tít. 16. Part. 6., y la 4. tít. 11. Part. 5.
(4) Dicha ley 17.
(5) L. 6. tít. 19. Part. 6. v. Eso mismo seria.

no ha transferido dominio, y si no lo ha transferido permanece señor, y por consiguiente puede vindicarlo. Pero si el dinero ha sido consumido con buena fé por el que lo recibió, aunque entonces no tiene lugar la *rei vindicacion*, pero se da al pupilo accion personal contra él para que restituya todo lo recibido. Lo mismo seria si el pupilo pagase sin autoridad del tutor, pues esta tambien es enagenacion (1).

Síguese la 2.ª escepcion, y es que uno que no es señor pueda enagenar. De esta se pueden proponer dos ejemplos. El primero es del acreedor á quien ha dado su deudor alguna cosa en prenda, el cual no se hace señor de ella, sino que tiene un derecho en la cosa muy distinto del dominio; y con todo no pagando el deudor puede venderla, y del precio que saque de ella satisfacerse (2). Esta enagenacion no la puede impedir el deudor, si no es que exhiba toda la deuda, pues de otra suerte seria inútil la prenda, y ninguna seguridad prestaria si nunca se pudiese enagenar.

Mas aunque esta regla es verdadera, con todo, por razon del modo con que se hace la distraccion de la prenda es menester distinguir tres casos: 1.° si se pactó poder venderla si hasta un cierto dia no se hubiese pagado: 2.° si se pactó que no se venderia: 3.° cuando nada trataron acerca de esto el acreedor y el deudor.

En el primer caso, esto es, cuando se pactó vender la prenda, no se puede realizar la venta aunque se haya prefijado dia para la paga, y tratado que si ésta no se hiciere en el dia señalado se pueda vender la cosa sin otro requisito, porque aun en este caso es necesaria la denunciacion ó aviso al deudor, la cual se ha de hacer en su persona,

(1) Véase la ley 4. tít. 14. Part. 5.
(2) L. 41. tít. 13. Part. 5.

si está presente en el lugar, y si no á los de su casa (1). Mas si por alguna causa no se pudiese dar aviso al deudor, entonces se podrá vender la cosa, pero en pública almoneda (2).

Cuando al tiempo de la convencion pactaron los contrayentes de nunca vender la prenda, no obstante, si pasados dos años, y amonestado por tres veces el deudor no pagare, se podrá vender sin hacer caso del pacto precedente (3), pero en almoneda.

Finalmente, si nada se trató al tiempo de la convencion sobre vender ó nó la prenda, no se podrá verificar la venta antes de que pasen doce dias siendo la prenda de cosa mueble, y treinta si fuere de cosa raiz: los cuales términos se han de contar desde el dia en que el acreedor amonestó al deudor ante testigos (4).

El segundo ejemplo con que se prueba que uno que no es señor puede muchas veces enagenar, es el del tutor, el cual no siendo señor de las cosas pupilares, sino un puro administrador, con todo puede por lo regular enagenarlas (5). Digo por lo regular, porque se debe distinguir de bienes muebles y raices. Las cosas muebles comunes, ó que no se pueden guardar, las puede enagenar por sí; mas las preciosas y todas las raices no las puede enagenar, si no es por utilidad conocida ó por necesidad, como por dotar alguna de la hermanas del pupilo, ó para pagar alguna deuda de consideracion, que si se demora aumentará las usuras: y en estos casos lo debe hacer con decreto del juez, quien en vista de las causas dará licencia para la enagenacion (6).

(1) L. 41. tít. 13. Part. 6.
(2) Dicha ley en el medio.
(3) L. 42. tít. 13. Part. 5. v. *otrosí decimos*, en el medio.
(4) Dicha ley 42.
(5) Arg. de las leyes 17. y 18. tít. 16. Part. 6.
(6) Leyes 18. tít. 16. Part. 5., y 60. tít. 18. Part. 3.

Aunque el recibir uno lo que se le debe no sea enagenacion, con todo hasta esto se halla prohibido al pupilo sin autoridad de su tutor y decreto del juez; de tal suerte, que si alguno le paga algo sin estos requisitos, y el pupilo ó menor pierde ó juega el dinero recibido, tendrá el deudor que pagar de nuevo, segun lo dispone el derecho, para evitar los muchos inconvenientes que resultan de hacer los pagos á los pupilos y menores. Todo lo dicho se halla terminantemente dispuesto en la ley 4.ª, tít. 14, Partida 5.ª

TÍTULO IX.

POR QUÉ PERSONAS SE PUEDE ADQUIRIR.

Para entender mas claramente las personas por medio de las cuales adquirimos, se debe establecer, ante todas cosas, el siguiente axioma. *Adquirimos no solamente por nosotros mismos, sino tambien por medio de nuestras cosas*: ninguno duda que sea mio el dinero que resulte del alquiler de mis caballos; que sea mia una ave que ha cazado mi halcon &c. Supuesto lo que hemos dicho ya de que lo accesorio sigue á lo principal, es nuestro todo aquello que se aumenta á nuestra cosa, ó por beneficio del arte ó de la naturaleza.

De aqui podiamos inferir, como se inferia antiguamente, que todo lo que el siervo adquiere lo adquiere para su señor (1); pero las disposiciones novísimas de nuestro derecho, mirando con mas conmiseracion á los siervos, y deseando proporcionarles con que se puedan hacer libres, disponen que puedan tener peculio propio trabajando dos horas cada dia para sí, con tal que el demas tiempo que hay de sol á sol lo empleen en servicio de sus señores (2) (*).

(1) Véase la ley 7. tít. 21. Part. 4.

(2) Real cédula de 31 de Mayo de 1789, cap. 3.

(*) Por real órden posterior se mandó suspender el cumplimiento

A que se agrega que en el dia adquieren para sí cuanto se les da, y sus señores les permiten ganar cuanto se les proporciona en sus manufacturas, no haciendo falta en las ocupaciones á que los destinan.

Lo dicho hasta aqui pertenece á los verdaderos siervos que en realidad estan en nuestro dominio. Mas algunas veces sucede que no tenemos el siervo como señores, sino como usufructuarios, esto es, la propiedad del siervo no nos pertenece, sino el usufructo. Otras veces un hombre libre nos sirve, ó lo tenemos por siervo con buena fé, aunque injustamente haya sido reducido á la servidumbre, v. gr., el patriarca José, que fue esclavo de Putifár. Este á la verdad no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino hombre libre. Veamos, pues, qué se adquiera por medio de estos siervos fructuarios o poseidos con buena fé. Para esto se ha de distinguir si adquieren algo por sus obras, ó por nuestra cosa, ó si de otra parte les viene alguna adquisicion. En el primero y segundo caso adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fé. En el tercer caso el siervo fructuario adquiere para el señor de la propiedad, y el hombre libre poseido con buena fé adquiere para sí (1). Los ejemplos en esta materia son claros, y no necesitan de especificarse.

Los hijos de familia, á mas de los siervos, han sido otro medio de adquirir; mas para su inteligencia esplicaremos qué cosa sea peculio, cómo se divide, y qué utilidad corresponde al padre en estos bienes. Esta palabra peculio parece derivarse á *pecude*, por razon de que en ganados consistia la principal riqueza de los antiguos. Asi el que tenia mucho ganado se llamaba rico, y el que lo contaba

de esta real cédula, ínterin y hasta tanto que S. M. proveyera lo mas conveniente, segun asegura don Antonio Javier Perez y Lopez en su teatro de legislacion universal, tomo 12. art. esclavos.

(1) L. 23. tít. 31. Part. 3.

con prontitud y facilidad era pobre. Se inventó despues la moneda, pero retuvo el nombre de pecunia que habia tenido antes. De aqui nació que como lo que daban los padres á sus hijos para que girasen consistia en algun número de ganados, se le llamó peculio. Este hasta el dia, ahora consista en dinero, ahora en efectos, no es otra cosa que un caudal que el hijo de familias ó el siervo maneja separado de los bienes del padre ó del señor. De donde se infiere que un hombre que ni es hijo de familias ni siervo no puede tener peculio. El peculio de los hijos de familia se divide en militar y pagano: el militar en castrense y cuasi castrense, y el pagano en profecticio y adventicio (1).

El peculio militar es aquel que se adquiere por medio ó con ocasion de la milicia. Esta ó es armada, como cuando uno se emplea en las armas, ó togada, como cuando se ejercita en las letras ó en la judicatura: de aqui nace que un peculio se llama castrense y otro cuasi castrense. El primero se adquiere en la milicia armada, y el segundo en la togada, á la cual se refiere todo lo que se adquiere no solo enseñando jurisprudencia, sino tambien teología, medicina &c., y cualesquiera artes liberales, ó ejerciendo los oficios de consejeros, oidores, jueces &c. (2). Hemos dicho en la definicion que no solo es peculio castrense lo que se adquiere por medio, sino tambien lo que con ocasion de cualquiera de dichas dos milicias percibe el hijo de familias; por lo cual pertenece al peculio castrense no solo la renta que se le dé por militar, sino las donaciones que el padre le haya hecho al partirse á la milicia para su ajuar, caballos ó armas &c., pues todo esto lo ha adquirido con ocasion de la milicia armada á que se ha dedicado (3). Por la misma razon al peculio cuasi castrense no solo pertenece

(1) Leyes 5. 6. y 7. tít. 17. Part. 4.
(2) Leyes 6. y 7. tít. 17. Part. 4.
(3) L. 3. tít. 4. Part. 5.

todo lo que el hijo adquiere por las ciencias, v. gr., los honorarios que como abogado, catedrático, médico &c. recibe, sino tambien los gastos que su padre hace en sus estudios, en libros &c., porque todo esto le viene con ocasion de la milicia togada (1).

Tal es el peculio militar. Mas todo aquello que el hijo adquiere fuera de esta carrera pertenece al peculio pagano. En éste todo lo que viene al hijo de los bienes del padre, ó por contemplacion de éste, se llama *profecticio*; si le viene de otra parte, v. gr., de la madre ó de un estraño, será *adventicio*, al cual se reduce todo lo que el hijo gana por su propio trabajo; v. gr., por las artes mecánicas, como por sastre, carpintero &c., y todo lo que adquiera por fortuna, como tesoro &c.

Hasta aqui solo hemos dado las definiciones del peculio castrense y cuasi castrense, profecticio y adventicio. Veamos ahora qué derecho tiene el hijo en ellos, y cuál el padre. Esto se esplica muy bien con varias reglas.

1.ª *El peculio castrense y cuasi castrense con pleno derecho pertenece al hijo* (2). De esta regla se infiere que el padre en estos peculios no tiene ni el dominio ni el usufructo, ni aun la administracion, sino que el hijo tiene todos estos derechos (3). Que al hijo en este peculio se ha como padre de familias; y asi puede de estos bienes hacer testamento, donar, vender y enagenar de cualquiera manera (4).

2.ª regla. *El peculio profecticio con pleno derecho es del padre, y el hijo no tiene en él otra cosa mas que la administracion para ejercitar su industria* (5). La razon consis-

(1) Dicha ley 3. tít. 4. Part. 5. en el fin.
(2) Ll. 6. y 7. tit. 17. Part. 4.
(3) L. 6. ya citada.
(4) L. 3. en el principio, tít. 4. Part. 5.
(5) L. 5. en el principio, tít. 17. Part. 4.

te en que el hijo se reputa como una misma persona con su padre, y esto impide que puedan pactar ó contraer: no pudiendo pactar, no puede donar el padre al hijo, ni de consiguiente transferirle el dominio de las cosas donadas, pues permaneciendo señor del peculio profecticio, y no teniendo el hijo ningun derecho sobre éste, siempre vendrian á quedar en poder de aquel.

Todavia es mas útil al hijo el peculio adventicio, del cual se establece esta

3.ª regla. *La propiedad del peculio adventicio ordinariamente está en el hijo; el usufructo y la administracion en el padre* (1). Aqui, pues, ordinariamente tiene algo el padre, esto es, el usufructo y la administracion, y algo el hijo, conviene á saber, la propiedad. Esto es lo regular; pero hay varios casos en que sucede de otra manera; y de aqui es, que este peculio se divide en ordinario ó regular cuando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo; estraordinario ó irregular cuando el hijo lo tiene todo y el padre nada. Esto acontece en tres casos: 1.º Si el hijo acepta una herencia contra la voluntad de su padre. 2.º Si se dona ó se lega algo al hijo con la condicion de que nada perciba el padre. 3.º Si el padre se maneja dolosamente en los bienes de su hijo, pues entonces en pena pierde el usufructo. Lo dicho no impide que haya muy grande diferencia entre el peculio castrense y cuasi castrense, y el adventicio irregular, pues en el castrense y cuasi el hijo se ha como el padre de familias, y puede disponer con entera libertad de él: no asi en el adventicio, aunque puede testar de ambos habiendo llegado á la pubertad (2).

(1) L. 5. dicho tít. 17. y Part. 4.
(2) Arg. de la ley 4. tít. 4. lib. 5. de la Rec.

TÍTULO X.

DE LOS TESTAMENTOS.

Síguese ya la materia de testamentos, que es utilísima, cuyo enlace con los títulos anteriores es fácil de descubrirse. Comenzamos arriba á tratar de los modos de adquirir el dominio: los dividimos en naturales y civiles. Los naturales eran tres, *ocupacion*, *accesion* y *tradicion*, de los cuales se trató bastantemente. Dividimos los civiles en singulares cuando se adquiere una cosa singular, y universales cuando se adquiere todo el derecho que otro tenia en sus bienes; v. gr., porque al comprador no pasan todos los derechos y obligaciones del vendedor se llama sucesor singular, pues solo sucede á otro en una cosa: por el contrario, un heredero es sucesor universal, porque todos los derechos y obligaciones del difunto pasan á él. Los singulares dijimos eran cuatro: *prescripcion*, de la que ya se trató: *donacion*, que impropiamente se podrá llamar en el dia modo de adquirir: *legado* y *fideicomiso*, de los cuales se debia ya tratar, pero el órden de las instituciones de Justiniano, que nos hemos propuesto seguir, pide que se trate primero de los testamentos, y despues de los legados y fideicomisos.

La herencia, que segun hemos dicho es el único modo de adquirir universal, no es otra cosa *que la sucesion en todo el derecho que el difunto tenia.* Es de dos maneras: ó por testamento cuando uno por el mismo difunto es llamado á la sucesion, ó abintestato cuando la ley llama á alguno á la sucesion referida.

Testamento es *una legítima determinacion de nuestra voluntad, por medio de la cual disponemos para despues de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institucion directa de heredero*: ó en térmi-

nos mas precisos: *es una justa sentencia de nuestra voluntad, que espresa lo que quiere se haga despues de la muerte* (1). Se dice que es una sentencia ó *determinacion de la voluntad*, porque los que no pueden tener voluntad de disponer de sus cosas, como los que no han llegado á la pubertad, no pueden por esto testar, de la misma manera que los que no pueden declararla, como los sordos y mudos ó fátuos. Debe ser *justa* esta determinacion, esto es, arreglada al derecho y con todas las solemnidades que éste exige. Se añade: *con institucion directa de heredero*, pues no habiéndola no valdrá como testamento, sino como una última voluntad ó codicilo (2).

Dijimos que el testamento es *una justa ó legítima determinacion de nuestra voluntad*, y como esta se puede declarar ó por escritura, ó por viva voz, si se hiciere del primer modo se llamará *escrito* ó *cerrado*; si del segundo será *nuncupativo*, que tambien se llama *abierto* (3). Veamos ahora algunos axiomas, que supuesto lo dicho serán claros.

1.° *Cualquiera puede testar por escrito ó de palabra*, pues ambos modos son aprobados por nuestro derecho (4).

2.° *Se requiere entero juicio en el que hace testamento* (5). Por este defecto no podrá declarar su voluntad el que está destituido de uso de razon, y no sabe lo que piensa, ni lo que quiere. De aqui se infiere que ni el infante, loco ó mentecato pueden hacen testamento, como veremos despues.

De la misma definicion dada, y en que se dice que el testamento debe ser una justa y legítima determinacion de nuestra voluntad, nace el axioma siguiente.

(1) L. 1. tít. 1. Part. 6.
(2) L. 1. tít. 4. lib. 5. Rec.
(3) Ll. 1. y 2. tít. 1. Part. 6.
(4) Arg. de las leyes 1. y 2. dicho tít. y Part.
(5) L. 13. tít. 1. Part. 6.

3.º *Todas las solemnidades que las leyes exigen se deben guardar en el testamento; si una se omite, el testamento es injusto y nulo.* Es la razon, porque estas solemnidades las introdujeron las leyes, y estas, siendo de derecho público, no pueden mudarse por la voluntad de los particulares. Por solemnidades entendemos aqui ciertos requisitos esenciales, que las leyes de ninguna suerte quieren que se omitan en el testamento, y la razon por qué las exigen está fundada en que no hay cosa que mas deseen los hombres que adquirir bienes por herencia, por cuya causa nada hay mas espuesto á fraudes y trampas que él testamento: impedir, pues, estas maldades intenta el derecho con establecer tantas solemnidades, tantos testigos y tantos requisitos, para que no sea fácil fingir un testamento, falsificarlo ó corromperlo.

Veamos ahora estas solemnidades: 1.ª es *la unidad de contexto*: se dice hacerse el testamento en un contexto cuando todas las solemnidades se ponen á un mismo tiempo, de suerte que no se interrumpe el acto de testar, y cuando no se mezcla otro acto estraño (1); v. gr., si el testador comenzando á declarar su última voluntad celebrase algun contrato con uno de los testigos ó con otro, y despues continuase el testamento, no valdria por falta de unidad de contexto. Pero esto se ha de entender razonablemente, pues si al testador ó al testigo le sobreviene algun impedimento breve, v. gr., si al testador le da un desmayo, ó al testigo se le ofrece alguna cosa urgente y necesaria, por estas interrupciones no dejaria de valer el testamento (2).

2.ª La otra solemnidad esencial es *la presencia de los testigos*. Estos en el testamento nuncupativo (que comunmente se llama *abierto*, porque en él declara el testador

(1) L. 3. tít. 1. Part. 6.

(2) La misma ley 3. citada.

por palabras su voluntad) deben ser tres á lo menos, vecinos del lugar donde se hace el testamento, otorgándose ante escribano público, pues si se hiciere sin él ha de haber por lo menos cinco testigos vecinos si fuere lugar donde los puede haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos, ni escribano en el lugar, á lo menos ha de haber presentes tres testigos vecinos del tal lugar. Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las demas calidades que el derecho requiere, vale el testamento (1). En el testamento *in scriptis*, que comunmente se llama *cerrado*, se requiere para su valor que intervengan en él siete testigos y un escribano, y que asi el testador como los testigos firmen sus nombres encima de él; y si el testador ó alguno de los testigos no supiere firmar, pueden los unos firmar por los otros, de manera que sean nueve firmas por todas con el signo del escribano (2).

Es comun opinion en el dia que no es necesario que los testigos sean rogados (3). Pero está prohibido ser testigos en los testamentos á los condenados por algun delito grave, como homicidio, hurto y otros semejantes, á los apóstatas de la Fé, á las mugeres, á los menores de catorce años, á los siervos, mudos y sordos, á los locos y pródigos, á quienes se ha prohibido la administracion de sus bienes (4). Tampoco puede ser testigo el padre en el testamento de su hijo, y al contrario; ni los que sean establecidos por herederos, ni sus parientes hasta el cuarto grado (5), en lo cual se encuentra bastante razon, pues

(1) L. 1. tít. 4 lib. 5. de la Rec.

(2) L. 2. tít. 4. lib. 5. Rec.

(3) Véase sobre este punto á Gomez en la ley 3. de Toro n. 29.

(4) L. 9. tít. 1. Part. 6.

(5) Véase la ley 11. tít. 1. Part. 6., y la 14. y 16. tít. 16. Part. 3., de las que se infiere lo dicho.

si el padre al hacer su testamento llamase á sus hijos para testigos, ó si un testador hiciese que atestiguasen los hijos de su heredero, estos serian testigos en su propia causa, á que se añade para el primer caso que el padre y el hijo se reputan por una misma persona. Mas no hay prohibicion para que los legatarios sean testigos, ni resultaria inconveniente de que lo fuesen, como tampoco lo hay en que los testigos sean parientes entre sí, no siéndolo ni con el testador, ni con el heredero.

Otra solemnidad necesaria en los testamentos es que sean escritos en el papel sellado correspondiente (1). Para el testamento abierto ó nuncupativo en que haya mejora de tercio y quinto, vínculo ó mayorazgo, fundacion, dotacion, ó memoria perpetua, se requiere que sea escrito en papel del sello primero, y los demas testamentos en que no haya ninguna de las cosas referidas se deben escribir en el del sello tercero (2).

Los testamentos cerrados, de cualquier género ó calidad que sean, se deben escribir en papel del sello cuarto enteramente, sin quedar ninguno que no lo esté, porque ha de servir de protocolo, y los originales y testimonios que se han de dar á las partes despues de abierto dicho testamento se deben escribir en la misma calidad de papel que está mandada para los testamentos abiertos (3). Pero si algun testador quisiese escribir su testamento cerrado en papel comun, lo podrá hacer, con tal que despues de abierto el escribano saque una copia para el protocolo escrita en pliegos todos del sello cuarto, y habiéndola testificado la ponga en el registro con el original, y todos los traslados

(1) Véase la ley 44. en el medio, tít. 25. lib. 4. Rec., que anula todos los instrumentos á que falte esta solemnidad.

(2) Real instruccion de 28 de Junio, inserta en cédula de 23 de Julio de 1794, art. 50.

(3) Dicha Real instruccion, art. 51.

que diere signados se escribirán segun lo que queda dicho de los testamentos abiertos.

El testamento que tenga las dichas solemnidades, aunque en él no haya institucion de heredero, vale, segun nuestro derecho, en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, y heredará aquel que segun derecho ó costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hubiese hecho testamento. Y si el heredero instituido no quisiese heredar, vale tambien el testamento en las mandas y otras cosas que en él se contienen (1).

Hay tambien otras cosas necesarias en los testamentos, asi de parte del testador como del heredero, por cuyo defecto se pueden viciar, de lo cual se tratará en los títulos siguientes.

TÍTULO XI.

DEL TESTAMENTO MILITAR.

No hay cosa mas conforme al buen método que despues de considerada una regla se propongan sus escepciones. Hemos visto las reglas que se deben observar en los testamentos: veamos ahora las escepciones que padecen. Los testamentos, ó son solemnes, en los cuales no se debe omitir alguna de las solemnidades esplicadas, ó menos solemnes, es decir, privilegiados, cuando por privilegio se dispensan, ó todas, ó algunas solemnidades. De todas está exento el testamento de los soldados, y de algunas el hecho *ad pias causas.*

Por lo que hace á los soldados, estos por derecho de Partidas, aunque estando en su casa debian ordenar su testamento del mismo modo que los demas hombres, pero hallándose en campaña podian hacerlo con dos testigos, y

(1) L. 1. tít. 4. lib. 5. Rec.

estando en peligro de muerte por salir heridos de alguna funcion bélica, ó ir á entrar en ella, como quisiesen ó pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiéndolo con su sangre en escudo, armas, ó en donde les parezca, y de cualquier suerte era válido pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra manera. Todo lo cual se les ha concedido en atencion á la crítica situacion en que estan, y peligro á que por defensa del Rey y de la patria se esponen (1).

Por las reales ordenanzas del ejército, impresas el año de 1768, se declara que todo individuo que gozare fuero militar le gozará tambien en punto de testamentos en cualquiera parte que teste, dentro ó fuera de la campaña (2): que en el conflicto de un combate, ó sobre el inmediato caso de empezarle, ó en naufragio, ú otro inminente riesgo militar en que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere, por escrito, sin testigos, y que sea válida la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su última voluntad (3): que será válida la disposicion del militar escrita de su letra en cualquier papel que la haya ejecutado, ya sea en guarnicion, cuartel ó marcha, y que siempre que pudiere testar en parage donde haya escribano lo haga con él, segun costumbre (4).

Pero por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este artículo, se espidió una Real cédula (5), en la que, á consulta del supremo Consejo de guerra, se

(1) L. 4. tít. 1. Part. 6.

(2) Reales orden. del ejérc. de 1768, trat. 8. tít. 11. de testamentos, art. 1.

(3) Art. 2. y 3. del mismo tít.

(4) Art. 4.

(5) Real cédula de 24 de Octubre de 1778.

declara por punto general que todos los individuos del fuero de guerra pueden, en fuerza de sus privilegios, otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo, en que conste su voluntad, ó hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la misma ley militar, la civil ó municipal. En virtud de esta Real cédula hoy no solo los militares, sino todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. De suerte que si hacen por sí su testamento, no son necesarios los dos testigos que antes se requerian, respecto á no mandar que presencien, ni hablar de solemnidad alguna, aunque algunos autores opinan que por este silencio no se deroga la establecida, por ser necesaria derogacion especial. Pero si lo otorgan ante escribano deben concurrir los testigos que la ley manda (1), respecto á usar de ella y no del fuero de guerra. Algunos tambien juzgan que la disposicion de esta cédula no debe ampliarse á los hijos de los soldados y demas, por no gozar del fuero por razon de sus personas, por lo cual, para quitar dudas, seria conveniente nueva declaracion.

Los testamentos en que se hallan dispensadas muchas de las solemnidades pueden ser el que se hace en presencia del Rey, y el hecho *ad pias causas*. En el primer caso está dispuesto (2) que si algun caballero ú otro noble pidiere al Rey la merced de que presencie el otorgamiento de su testamento, concediéndoselo el Rey, y estando presente cuando se otorgase, será válido, aunque no haya otro testigo.

Aunque no hay disposicion alguna por derecho civil

(1) L. 1. tít. 4. lib. 5. Rec.

(2) L. 5. tít. 1. Part. 6.

sobre el testamento hecho *ad pias causas*, por derecho canónico basta que sea válido el que se otorgue ante dos testigos (1); y esto, segun muchos autores, se debe observar no solo en el fuero eclesiástico, sino tambien en el secular (2).

TÍTULO XII.

DE LOS QUE NO PUEDEN HACER TESTAMENTO.

En los títulos anteriores se ha esplicado el modo de hacer los testamentos, asi solemnes como privilegiados: veamos ahora qué personas pueden ó nó hacerlo. Por lo que hace á las personas de los testadores se puede dar esta regla general: *pueden hacer testamentos todos aquellos á quienes no está espresamente prohibido.* Pero para no hacer un círculo vicioso enumeraremos los que estan prohibidos de testar por nuestras leyes.

Con solo atender á la definicion que hemos dado arriba del testamento se viene fácilmente en conocimiento de la mayor parte de los que no pueden hacerlo. Dijimos que el testamento es *una legítima disposicion de nuestra voluntad.* De donde se deduce claramente que no pueden testar: 1.º los furiosos y mentecatos, pues no saben ni entienden lo que quieren (3). Pero no solo vale el testamento que hizo el loco antes de su demencia, sino tambien el que hace durante sus lucidos intervalos, si los tiene, perfeccionándolo en ellos, pues si antes de concluirlo le vuelve el frenesí no valdrá (4); y asi, para anular el testamento del loco que tiene lucidos intervalos es necesario probar concluyentemente con el escribano y testigos instrumen-

(1) Cap. 11 de Test.

(2) Covarrub. en el cap. 11. de Test. Molina de *just. et jure*, trat. 2. disp. 134. Gonzalez en el cap. 10. y 11. de Test.

(3) L. 13. en el medio, tít. 1. Part. 6.

(4) Dicha ley 13.

tales que al tiempo de su otorgamiento estaba demente.

Lo que se debe practicar cuando un loco que tiene lucidos intervalos quiere hacer testamento, para evitar dudas, es que algun hijo suyo ó pariente acuda al juez, relacionando la enfermedad del paciente, y que suele estar en su acuerdo, y pidiendo dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda esplore su voluntad con asistencia de médico y cirujano, que préviamente declaren con juramento si está ó nó capaz; y estandolo, ordene su testamento ante ellos, y el competente número de testigos, y obtenida la facultad del juez, declararán el medico y cirujano si está ó nó en su juicio; y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, á su presencia, y á la de los testigos prevenidos por la ley, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero y otras cosas concernientes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, para cerciorarse de la sanidad actual de su entendimiento, é irá estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del médico y cirujano á continuacion de la providencia judicial, sin pasar á estender otra cláusula antes de satisfacer á la anterior. Si sabe y puede firmar, lo firmará con todos los testigos que supieren, y autorizado por el escribano, y evacuado todo, se presentará al juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion (1).

De la misma condicion son: 2.º los *pródigos*, porque en todo el derecho se equiparan á los dementes (2), lo cual se ha de entender cuando ya por el juez se les ha prohibido la administracion de sus bienes. 3.º Los infantes y todos los que no han llegado á la pubertad, esto es, los hombres á los catorce años, y las mugeres á los doce (3),

(1) Febr. Libr. de escrib., cap. 1. §. 1. n. 10., y §. 28. n. 301.
(2) L. 13. tít. 1. Part. 6.
(3) Dicha ley 13. citada.

porque carecen del uso competente de la razon para declarar su voluntad. Pero cumplida la dicha edad, pueden testar sin licencia de sus ascendientes del tercio de sus bienes adventicios, castrenses y cuasi castrenses, aunque esten bajo la patria potestad (1). 4.º Tambien el sordo y mudo *á nativitate* está impedido de testar; pero si fuere por enfermedad y sabe escribir, podrá hacerlo, y tambien el sordo total, si es hábil para ello, lo escribirá por sí mismo, y valdrá publicándolo á presencia del escribano y testigos (2). Al ciego no se debe impedir la facultad de testar; pero para que valga su testamento ha de ser hecho por escribano real y cinco testigos (3). Para que lo sea tambien el del condenado á muerte se requiere precisamente que sus bienes no hayan sido confiscados ni comprendidos en la sentencia de su condenacion (4).

Hay algunos á quienes no se permite hacer testamento por razon de que los bienes que gozan no son suyos, sino de la iglesia y de los pobres: tales son los obispos, quienes de los bienes adquiridos por sus obispados, dignidades y demas beneficios eclesiásticos, á los cuales llaman profecticios, no pueden testar, aunque sí se les permite en vida donar á sus parientes pobres, amigos, criados y á otros que los hayan servido (5). A los clérigos seculares aunque por derecho canónico solo les es permitido testar en favor de la iglesia, de los bienes adquiridos *intuitu Eclesiae*, en España por la costumbre muy antigua que ha habido de disponer libremente aun de estos bienes se sostiene el testamento que hicieren (6).

(1) L. 4. tít. 4. lib. 5. de la Rec., y es la 5. de Toro.
(2) L. 13. citada.
(3) L. 2. tít. 4. lib. 5. Rec.
(4) L. 3. tít. 4. Rec.
(5) L. 8. tít. 21. Part. 1.
(6) L. 13. tít. 8. lib. 5 Rec.

Los canónigos reglares y demas religiosos profesos estan privados tambien de testar, porque para este efecto y el de contraer se les tiene por muertos (1).

Finalmente, hay otros á quienes por algun delito, en pena se les prohibe hacer testamento: tales son los condenados por libelos infamatorios; los apóstatas y hereges, declarados tales por sentencia (2); pero no estan impedidos los que por otros cualesquiera delitos son condenados á muerte civil ó natural, si no es que se les hayan confiscado los bienes por el tal delito, pues entonces no podrán testar (3).

Por lo que hace á los peregrinos ó estrangeros, lejos de serles entre nosotros prohibido el testar, está mandado que se les permita con toda libertad, imponiendo penas á los que se lo impidan (4).

TÍTULO XIII.

DE LA DESHEREDACION.

Habiendo visto ya quién puede hacer testamento é instituir heredero, se sigue ver quién puede desheredar, á quién, y por qué causas.

La desheredacion es *un acto por el cuál los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos* (5). Solo aquel que es capaz de testar, y á mas de esto tiene herederos forzosos, esto es, descendientes ó ascendientes, puede desheredarlos, teniendo causas para ello. (6). Debe, pues, hacerse la desheredacion nombrando

(1) Ll. 8. tít. 21. Part. 1., y 17. tít. 1. Part. 6.
(2) L. 16. dicho tít. y Part.
(3) L. 3. tít. 4. lib. 5. de la Rec.
(4) Ll. 30. tít. 1. Part. 6., y 2. tít. 12. lib. 1. Rec.
(5) L. 1. tít. 7. Part. 6.
(6) L. 2. del mismo tít. y Part.

ó señalando al desheredado por su nombre, ó dando de él otra señal cierta que no deje duda de su persona, sin condicion y del total de sus bienes (1), pues no siendo asi no valdrá.

Las causas para que sea válida la desheredacion de los descendientes legítimos son, primera: por poner en ellos las manos airadas, ó maquinar su muerte de cualquier modo, ó procurar que pierdan ó se les menoscabe gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito porque deben morir ó ser desterrados; pero si el crímen es de lesa-magestad, y los descendientes lo prueban, entonces no deben ser desheredados (2).

La segunda, por infamarlos de modo que valgan menos ó tener acceso con su madrastra, ó con amiga, sabiendo que lo es de sus ascendientes. Tercera: por ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con los que lo son (3).

La cuarta, por no fiarlos, pudiendo, para que salgan de la prision; pero esta causa no comprende á las mugeres, porque éstas no pueden ser fiadoras (4). La quinta, por impedirles que testen. La sesta, por lidiar por dinero con hombre ó con bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse juglares, ó representantes de profesion, no siéndolo éste. La séptima, cuando la hija resiste casarse queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse, y su padre se lo difiere hasta la edad de veinte y cinco años, pasados estos, aunque se prostituya ó case contra su voluntad, no puede desheredarla (5).

La octava, cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar á su ascendiente, que perdió el juicio y

(1) L. 3. del dicho tít. y Part.
(2) L. 4. tít. 7. Part. 6.
(3) Dicha ley 4.
(4) La propia ley 4.
(5) L. 5. tít. 7. Part. 6.

anda vagando; pues si el ascendiente muere intestado, debe llevar el estraño que lo haya recogido todos sus bienes; y si recobra su juicio, puede desheredarlos, y aunque antes de la demencia tenga hecho testamento instituyéndolos por herederos, si estando loco muere en casa del estraño, no vale la institucion de heredero (1). La nona, por no redimir, pudiendo, á sus ascendientes cautivos; pero para incurrir el heredero en esta pena ha de ser mayor de diez y ocho años (2).

La decima, si los descendientes cristianos se pervierten volviéndose judíos, moros ó hereges, siendo sus ascendientes católicos (3). La undécima, por contraer matrimonio que la iglesia declare clandestino (4); aunque hoy se duda de esta causa por ser nulo el matrimonio despues del Concilio de Trento cuando se contrae sin presencia del propio párroco y testigos.

Para que valga la desheredacion de los descendientes no solo se ha de espresar la causa, sino que debe probarla el testador ó el heredero instituido, y de otra suerte no vale (5). Pero si el desheredado consiente en la desheredacion tácita ó espresamente, no puede reclamarla despues, ni debe ser oido en juicio (6). Y si el testamento en que se hizo se rompe ó le revoca el testador, no vale la desheredacion hecha en él (7).

Los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes legítimos por ocho causas. La primera, por acusarlos de delito porque deben morir ó perder algun miembro, es-

(1) Dicha ley 5.
(2) L. 6. del mismo tít.
(3) L. 7. tít. 7. Part. 6.
(4) L. 1. tít. 1. lib. 5. Rec.
(5) Ll. 1. tít. 9. lib. 3. del Fuero Real, 10. tít. 7., y 7. tít. 8. Part. 6.
(6) L. 6. tít. 8. Part. 6.
(7) L. 2 tít. 7. Part. 6.

cepto que el delito sea de lesa-magestad. La segunda, por maquinar su muerte con yerbas, veneno &c. La tercera, por tener acceso carnal con su muger ó amiga. La cuarta, por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. La quinta, por solicitar el marido la muerte de su muger, ó ésta la de su marido. La sesta, por no querer dar á sus descendientes locos lo necesario para su conservacion. La séptima, por no redimirlos de cautiverio, pudiendo. La octava, cuando el ascendiente es herege y el descendiente es católico. Por cuyas ocho causas, siendo probada alguna de ellas, pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes, y valdrá la desheredacion (1).

Aunque los hermanos no son herederos forzosos, y por consiguiente no cae en ellos la desheredacion, con todo, tienen accion para anular la institucion de heredero que ha hecho su hermano cuando les ha antepuesto una persona torpe ó infame. De esta accion se les priva en tres casos: 1.º por procurar la muerte de su hermano: 2.º por acusarle de delito por el cual merezca pena de muerte ó mutilacion: 3.º si le ha causado la pérdida de todos, ó de la mayor parte de sus bienes. En estos casos, aunque una persona de mala vida ó infame sea instituida por heredero, no podrán los hermanos demandar cosa alguna del testamento de su hermano (2).

Finalmente, el heredero estraño pierde la herencia del que le instituyó por tal en seis casos: 1.º Cuando el testador fue muerto por obra ó consejo de alguno de su compañía, y el heredero, sabiéndolo, entra en la herencia antes de quejarse al juez para que lo castigue; pero si otros le mataron, puede entrar en ella, y despues querellarse hasta cinco años; y si en este término no lo hace, debe perderla y llevarla el Rey. 2.º Si abre el testamento antes de acu-

(1) L. 11. tít. 7. Part. 6.

(2) L. 12. del mismo tít.

sar á los delincuentes, estando cerciorado de los que lo son. 3.º Si el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo del heredero. 4.º Por haber tenido éste acceso carnal con la muger de aquel. 5.º Por decir de nulidad del testamento, pues si se declarare legítimo perderá la herencia. El 6.º y ultimo es, si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constándole de su incapacidad. Por cuyas causas debe perder la herencia y pasará al Rey, y por las mismas los legatarios sus mandas (1).

TÍTULO XIV.

QUIÉNES PUEDEN Ó NÓ SER INSTITUIDOS POR HEREDEROS.

Llamamos heredero á aquel que despues de la muerte de alguno le ha de suceder en todos sus bienes, derechos y acciones, disponiendo de todo á su arbitrio (2). Puede serlo no solo el Rey, y las ciudades, villas, comunidades, sino tambien generalmente todo hombre ó muger, sea libre ó siervo, como no le esté prohibido por derecho (3).

No pueden ser herederos por nuestro derecho los apóstatas y hereges, siendo declarados tales por sentencia: el que á sabiendas se hace bautizar dos veces; y los colegios, cofradías ó ayuntamientos erigidos contra derecho, ó contra la voluntad del Rey (4). Tampoco debe serlo el traidor declarado, ni sus hijos varones; y estos no solo estan privados de heredar á sus padres, sino tambien á otro cualquiera pariente ó estraño, y de ser legatarios; pero las hi-

(1) Ll. 13. tít. 7. Part. 6., y 11. tít. 8. lib. 5. Rec.
(2) L. 1. tít. 3. Part. 6.
(3) L. 2. del dicho tít.
(4) Ll. 4. tít. 3. Part. 6., y 6. y 7. tít. 8. lib. 5. Rec.

jas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres (1). En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion, pues todos sus bienes recaen en el fisco (2). Finalmente, está prohibido de ser instituido por heredero el confesor que asiste al enfermo en su última enfermedad, ni puede haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya, ni su iglesia, convento, ni deudo, pues nada vale de lo que en este estado les deja (3).

De lo dicho se infiere que algunos estan absolutamente prohibidos de ser herederos, y son los que hemos dicho hasta aqui, los cuales por ninguno y en ningun caso pueden ser instituidos; pero otros hay que solo son incapaces respectivamente, ó en ciertos casos, fuera de los cuales no se les prohibe heredar: tales son los hijos ilegítimos, y se llaman asi, porque no son nacidos de matrimonio, que por las disposiciones de derecho canónico y civil sea legítimo, y por lo mismo no gozan, regularmente hablando, de las honras y bienes de sus padres y demas ascendientes (4).

Los hijos ilegítimos se dividen en dos clases, á saber: en naturales y espúrios. Los naturales son aquellos que nacen de hombre y muger libres de estado, de suerte que cuando los engendraron, ó al tiempo de su nacimiento, se podian ambos casar justamente, y sin dispensa alguna. A estos hijos deben criar y dar alimentos, no solo sus padres y madres, sino tambien sus abuelos y demas ascendientes por ambas líneas (5). Pero para que estos hijos se estimen por naturales se requiere tambien que sus padres los reconozcan por tales, en caso que no haya tenido en su casa,

(1) Ll. 2. tít. 2. Part. 7., y 2. 3. y 4., tít. 18. lib. 8. Rec.

(2) Véanse las dichas leyes.

(3) Auto acord. 3. tít. 10. lib. 5. Rec., y Real cédula de 18 de Agosto de 1771 y 13 de Febrero de 1783.

(4) Prol. y leyes 1. y 3. tít. 15. Part. 4.

(5) Ll. 1. y 2. tít. 15., y 5. tít. 19. Part. 4., 11. al fin, tít. 13. P. 6.

ni sido una sola la muger con quien los hubo, pues si la tuvo en ella, ó fue sola, si reconoció á uno no, necesitan los demas de ser reconocidos (1).

A estos hijos pueden sus padres instituir por herederos y dejarles cuanto quieran, aunque tengan ascendientes legítimos, con tal que no tengan descendientes legítimos. (2). Pero si el padre no hiciere mencion de estos hijos en su testamento, deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos á arbitrio de hombres buenos (3). Mas en el caso de tener descendientes legítimos, solo podrán haber el quinto de los bienes, sea en vida ó en muerte, pues de éste tienen los padres libre disposicion (4), lo cual se les deja por razon de sus alimentos en caso que sus padres esten obligados á dárselos.

Si la madre no tiene descendientes legítimos debe heredarla *ex testamento*, y *abintestato* su hijo natural ó espúrio (como no sea de los prohibidos que diremos despues), aun cuando tenga legítimos ascendientes; de suerte que estan igualados los espúrios respecto de la madre con los solo naturales respecto del padre (5).

Los espúrios, aunque antiguamente se llamaron asi solo aquellos que no tenian padre conocido, ahora con este nombre se llaman todos los demas ilegítimos, fuera de los naturales, desde luego porque nacen y son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, ofendida con mas especialidad en esta suerte de hijos. Se dividen en varias especies: unos son *adulterinos* ó *notos*, y son los que nacen de hombre casado y muger libre soltera, ó de ambos casados con otros. Otros se llaman *sacrílegos*, y son los que

(1) L. 9. tít. 8. lib. 5. de la Rec.
(2) L. 8. tít. 8. lib. 5. Rec.
(3) L. 8. tít. 13. Part. 6.
(4) La misma ley 8. de la Rec.
(5) L. 7. tít. 8. lib. 5. Rec.

nacen de fraile y monja profesos, ya sea por cópula entre ambos, ó por cada uno con otra persona; y los de clérigos ordenados *in sacris*, que igualmente se llaman *sacrílegos*. Todos estos son reputados por hijos de *dañado* ayuntamiento; y los de muger casada por de *dañado* y *punible*, porque por él incurre en pena de muerte (1). Tambien son espurios los que nacen de parientes dentro del cuarto grado canónico, sabiendo ambos el impedimento, y á éstos llaman *incestuosos*. Finalmente, los *manceres* ó mancillados son los nacidos de mugeres rameras prostituidas á todo hombre, por cuya causa se ignora quién es su padre, y á todos está obligada su madre, como conocida, á dar alimentos, pudiendo y necesitándolos (2).

A todos estos hijos espúrios (escepto los que son procreados por clérigo ordenado *in sacris*, ó por fraile ó monja profesos) compete ex testamento ó abintestato el derecho solamente al quinto de los bienes de su padre ó madre, en el caso que estos los tengan legítimos; y asi, en virtud de la obligacion de alimentarlos que les está impuesta (3), no pueden mandarles mas en dicho caso (4). De cuyo quinto tienen facultad de disponer á su arbitrio en el tiempo de su vida, ó para despues de su muerte.

Pero los hijos de clérigos ordenados *in sacris*, ó de frailes ó monjas profesos, nada pueden haber de ellos, como espresamente lo dispone una ley de Recopilacion por estas palabra: "Ordenamos y mandamos que los tales hijos de clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes del padre, ni hayan ni puedan gozar de cualesquier manda, donacion, ó vendida que le sea hecha por los su-

(1) L. 7. tít. 8. lib. 5. Rec.
(2) Ll. 1. tít. 15., y 5. tít. 19. Part. 4.
(3) L. 2. tít. 19. Part. 4.
(4) L. 8. tít. 8. lib. 5. Rec.

sodichos, ahora, ni de aqui adelante (1)." Por lo que hace á las madres, se debe tener presente la ley siguiente de la misma Recopilacion, que dice asi: "Los hijos bastardos ó ilegítimos, de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres ex testamento, ni abintestato en caso que tengan sus madres hijo ó hijos, ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida ó muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su ánima, y no mas, ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere, naturales ó espúrios por su órden y grado, le sean herederos legítimos ex testamento y abintestato, salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres ex testamento ni abintestato; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la cual podian disponer por su ánima; y de la tal parte despues que la tuvieren puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte, los dichos hijos ilegítimos como quisieren; y queremos y mandamos que entonces se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, *salvo si fueren los hijos de clérigos, ó frailes, ó monjas profesos, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurre la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor don Juan el primero, en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos supra próxima* (2)." De cuyas leyes se prueba que los hijos espúrios solo pueden

(1) L. 6. tít. 8. lib. 5. Rec.
(2) L. 7. tít. 8. lib. 5. Rec.

heredar de sus padres, no siendo clérigos ó frailes, el quinto de sus bienes; y si lo son, nada: pero probablemente se juzga que aun en este caso no se entienden escluidos los alimentos (1). Que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, escepto en tres. El primero, cuando la madre por haberlos procreado incurre en pena de muerte. El segundo, cuando tiene hijos legítimos. Y el tercero, cuando es monja profesa. De cuyos casos, en los dos primeros aun les puede dejar el quinto, y en el tercero nada.

Hemos visto ya quiénes pueden ó nó ser instituidos por herederos, que es lo que se contiene en la primera parte de este título. Veamos ahora cómo se divide la herencia y en qué partes. A ésta llamaron los antiguos *As*, que significa un todo; y asi, á la masa total de la herencia decian *As hereditario*, y lo dividian en doce onzas, que cada una tenia su nombre especial; y asi, el que tomaba una onza, ó la duodécima parte de la herencia, le llamaban heredero *ex uncia*: si dos onzas *ex sextante*, y si finalmente era heredero del total se llamaba *ex asse* (2). Estas onzas se dividian en onzas y medias; pero toda esta division es hoy inútil, pues todo testador, si no tiene herederos forzosos, divide sus bienes como quiere, y si los tiene, debe instituirlos en el total, sin que le quede libertad de disponer á su arbitrio mas del remanente del quinto si fuere padre, ó del tercio si fuere hijo.

Para lo que servia esta division de la herencia era para que no quedase cosa alguna sin partir á los herederos, pues tenian por cosa inadmisible que alguno muriese parte testado, y parte intestado; pero por nuestro derecho está esto espresamente permitido (3). Tampoco tendrá lugar en las herencias el derecho de acrecer, el cual no era otra

(1) Arg. de la ley 5. tít. 19. P. 4, y de la ley 8. tít. 8. lib. 5. Rec.
(2) L. 16. tít. 3. Part. 6.
(3) L. 1. tít. 4. lib. 5. de la Rec.

cosa mas que un derecho por el cual un heredero instituido en cosa cierta, ó parte cierta, v. gr., dos onzas, se llevaba el total de la herencia, si el testador no señalaba heredero para lo restante (1). Y la razon es la ya dicha, porque no hay prohibicion en el dia para morir parte testado y parte intestado; y asi, todo aquello de sus bienes de que no disponga el testador irá á sus herederos abintestato, y el instituido en el testamento solo heredará aquella cosa ó parte que espresamente se le deja. Esto se entiende siempre que no se colija otra cosa de la voluntad del testador, pues como esta se debe guardar religiosamente, tendrá lugar el derecho de acrecer siempre que asi lo disponga. Otra cosa se debe decir en los legados, como veremos despues (2).

Síguese la tercera parte de este título, que trata de los modos con que se debe hacer la institucion de heredero. Esta se puede hacer ó puramente, ó bajo condicion, y aun para cierto dia, ó hasta cierto tiempo. Veamos ahora qué cosa sea condicion, y de cuántas maneras puede ser (3). Condicion se llama una circunstancia por la cual se suspende la cosa hasta realizarse un acontecimiento incierto (4). De donde se infiere que la condicion que mira al tiempo pasado y se llama préterito (*), no es propiamente condicion, pues no puede ser incierto lo que ya ha sucedido; pero se tiene como condicion respecto á nuestra noticia. Se divide comunmente la condicion en posible é imposible: posible

(1) L. 14. tít. 3. Part. 6., derog. por la ley de Rec. cit.

(2) Tít. 20. de este lib.

(3) Tít. 4. Part. 6.

(4) L. 1. tít. 4. Part. 6.

(*) Aunque es bastante vulgar la division de las condiciones que suele hacerse en condiciones de futuro, de presente y de pretérito, ya se ha insinuado que éstas, como ni tampoco las de presente, son propiamente condiciones, y lo confirma la ley 2. tít. 4. Part. 6., afirmando que solo la de futuro es rigurosa condicion. *Mas aquella es condicion propiamente que se face por palabra del tiempo que es por venir porque es dubdosa si se cumplirá ó non.* Son palabras de dicha ley.

se llama aquella que puede verificarse: imposible es la que nunca podrá existir, y ésta tambien se dice condicion con demasiada impropiedad; pero se conserva esta division porque nó deja de tener algun uso (1).

La condicion posible se suele tambien dividir en potestativa, casual y mista (2). Potestativa se llama cuando está en potestad de los hombres su cumplimiento: casual es la que depende del acaso; y mista la que participa de ambas.

Las condiciones imposibles tambien son de varios modos. Unas son de derecho, y bajo este nombre se entienden todas aquellas que son contrarias á las leyes, á las buenas costumbres y á la piedad (3). Otras son imposibles por naturaleza, porque repugnan las leyes de la naturaleza el que tales cosas se verifiquen; v. gr., tocar el cielo con las manos (4). Otras son imposibles de hecho, y son aquellas que aunque no hay repugnancia en la naturaleza para que existan, con todo, no pueden verificarse atendidas las facultades ordinarias de los hombres, por ejemplo, hacer un monte de oro (5). Finalmente, otras se llaman perplejas ó dudosas cuando no se puede entender su sentido, porque las palabras repugnan y son contrarias entre sí; v. gr., instituyo á Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero (6).

Toda condicion puede ser afirmativa ó negativa, tácita ó espresa. Afirmativa será si su cumplimiento consistiere en hacer; v. gr., Ticio sea mi heredero si se casare. Negativa si consistiere precisamente en no hacer; v. gr.,

(1) Dicha ley 1. tít. 4. Part. 6.
(2) Ll. 7. 8. y 9. tít. 4. Part. 6.
(3) L. 3. tít. 4. Part. 6.
(4) Dicha ley 3.
(5) Véase la ley 4. tít. 3. Part. 6.
(6) L. 5.

Cayo sea mi heredero si no mudare de religion. Esta última tiene de singular que no suspende la consecucion de la herencia, siempre que el instituido por heredero dé caucion que si en algun tiempo hiciere contra la condicion puesta restituirá la herencia, la cual caucion se llama *Muciana* (1).

Esplicadas ya las divisiones de las condiciones, síguese dar varias reglas para que se entienda qué efecto producirán en la institucion de heredero. 1.ª *Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna, bajo la cual haya de recibir su parte legítima* (2). La razon es, porque las leyes destinan la herencia precisamente para él; y asi no está en arbitrio, v. gr., del padre dar ó nó la herencia á su hijo, como es necesario que estuviese para que lo pudiese gravar con alguna condicion (3). 2.ª *En el quinto cuando mejora un padre á su hijo tiene facultad á su arbitrio de imponerle los gravámenes y condiciones que quisiere, con tal que le sean posibles y honestas* (4). Y la razon es, porque el quinto es hacienda propia y privativa del padre, á la cual ninguno tiene adquirido derecho, y por lo mismo puede hacer de ella lo que le parezca (5). 3.ª *En el tercio, por ser verdaderamente legítima de los descendientes, que se les debe por derecho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condiciones*; pero sí se les permite que puedan poner el gravámen que quisieren, asi de restitucion como de fideicomiso, y hacer en el dicho tercio los vínculos, sumisiones y sustituciones que quisieren, con tanto que siempre lo hagan entre sus descendientes legítimos, teniéndolos, y si no entre sus descendientes ilegítimos que

(1) Ll. 7. tít. 4., y 21. tít. 9. Part. 6.
(2) Ll. 11. tít. 4. Part. 6., y 17. tít. 1. de la misma Part. al fin.
(3) Arg. de las mismas leyes.
(4) L. 11. dicho tít. 4.
(5) Arg. de las leyes 10. tít. 5., y 7. tít. 12. lib. 3. del Fuero Real.

hayan derecho de heredarlos; y á falta de descendientes que lo puedan hacer entre sus ascendientes; y no teniéndolos, entre sus parientes; y finalmente, á falta de todos, entre estraños: por lo que de otra suerte no pueden poner gravámen en el tercio (1).

4.ª *El heredero estraño debe cumplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario no adquirirá la herencia* (2). La razon es, porque el testador se ha respecto de su heredero como un legislador, y asi tiene facultad de obligarlo á todo lo posible. Pero se debe advertir que si se ponen muchas condiciones copulativamente al heredero, estará obligado á cumplirlas todas; pero si las pusiere disyuntivamente, basta que se cumpla una; v. gr., si el testador dijere Ticio sea mi heredero, si fabricare tal iglesia y diere mil pesos á los pobres, en este caso ambas cosas se deberian cumplir por el heredero. Por el contrario, si uno instituye á su heredero de esta suerte, instituyo á Ticio por mi heredero, si se casare con mi hermana, ó si estudiare derecho, bastará que cumpla una ú otra de las dos cosas (3).

5.ª *Si la condicion puesta depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó nolicion de éste no se puede cumplir, se tiene por cumplida* (4). De esta suerte en el caso arriba puesto, en el cual el heredero estaba obligado á casarse con la hermana del testador, si ésta no quisiere, recibirá el heredero su herencia como si se hubiera verificado el matrimonio, pues no estuvo por él que la condicion no se cumpliese.

6.ª *La condicion imposible, ya sea de naturaleza, de hecho ó de derecho, se tiene por no puesta* (5). Nótese que

(1) Véase la ley 11. tít. 6. lib. 5. de la Rec.
(2) L. 7. tít. 4. Part. 6.
(3) L. 13. tít. 4. Part. 6.
(4) L. 14. del dicho tít.
(5) L. 3. tít. 4. Part. 6.

de otra suerte sucede en los contratos. En estos la condicion imposible, lejos de tenerse por no puesta, los vicia. Pero la razon es clara: el testamento es un acto unilateral, y asi el heredero nunca consintió en la condicion imposible. Mas los contratos como son actos bilaterales requieren el consentimiento de ambos; y asi el que consiente en la condicion imposible, ó no está en su juicio, ó está jugando y burlándose, por lo que en ninguno de los dos casos debe valer el contrato.

7.ª *La condicion perpleja, á que llamamos dudosa, hace inútil la institucion de heredero* (1). La razon es clara: ya hemos dicho que por repugnar entre sí las sentencias en esta condicion no puede cumplirse, pero ni aun conocerse la voluntad del testador.

8.ª *El heredero antes de cumplir la condicion no transmite la herencia á sus herederos*, pues ninguno puede transferir una cosa á la cual todavia no tiene derecho.

TÍTULO XV.

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

Las sustituciones fueron antiguamente frecuentes por motivo de que no aceptando la herencia el heredero establecido, quedaban los testamentos destituidos, y no producian efecto alguno. Mas ahora no siendo necesaria la aceptacion para el valor del testamento (2), han perdido las sustituciones (que se reducen á la vulgar) esta utilidad.

La sustitucion en general se define que es *nombramiento de segundo ó tercero heredero, para el caso de que falte, ó no lo sea el primero.* (3). Puede ser la sustitucion ó directa, ú oblicua, ó fideicomisaria. Directa se llama la que

(1) L. 5. tít. 4. Part. 6.
(2) L. 1. tít. 4. lib. 5. Rec.
(3) Pról. y ley 1. tít. 5. Part. 6.

se hace por palabras directas ó imperativas, y da la herencia al sustituto sin intervencion de otro. La oblicua ó fideicomisaria es la que se hace con palabras de ruego, y da la herencia por mano de otro. Se divide tambien la sustitucion en seis clases, que son: vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria (1). En este título trataremos solamente de la vulgar, y en el siguiente de las demas.

Sustitucion vulgar se llama *aquella que puede hacer cualquier testador al heredero que instituye para el caso que no llegue á serlo* (2). Esta sustitucion suele concebirse en los términos siguientes: instituyo á Ticio por mi heredero, y si éste no lo fuere, nombro por mi heredero á Cayo. Pero se debe advertir que para este caso lo mismo vale que el instituido en primer lugar no pueda, ó no quiera aceptar la herencia, pues en todos heredará el segundo (3). Se hace tambien esta sustitucion clara ó tácitamente. Se dirá claramente hecha cuando se esprese que no siéndolo el instituido lo sea otro, v. gr., en el caso ya puesto; y será tácita cuando el testador nombre á varios para que sea heredero el que de todos le sobreviva; v. gr., nombro á Ticio y á Cayo para que el que me sobreviva sea mi heredero. Si al tiempo de la muerte del testador viven ambos, llevarán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo la percibirá integramenie (4). Llámase vulgar esta sustitucion, porque la puede hacer cualquier testador á cualquiera que no tenga prohibicion de ser heredero, á diferencia de la pupilar, que solo la pueden hacer los padres de familia.

Pasemos ya á varias conclusiones que se deducen de la

(1) Dicha ley 1. tít. 5. Part. 6.
(2) La misma ley 1.
(3) L. 2. tít. 5. Part. 6.
(4) Dicha ley 2. ya citada.

definicion dada. Dijimos que la sustitucion vulgar era institucion de un segundo heredero, y de aqui se infiere: 1.° que pueden ser sustituidos los mismos que pueden ser instituidos; y asi estan escluidos de ser sustituidos todos los que son inhábiles para ser herederos: 2.° puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y á muchos en lugar de uno, lo cual no admite duda: 3.° el sustituto se entiende llamado á la misma parte de la herencia á que era llamado el heredero primeramente instituido; y asi, si el testador instituye por sus herederos, v. gr., á tres, á uno en la quinta, á otro en la sesta, y á otro en la octava parte de sus bienes, y les sustituye otros tres, uno al primero, otro al segundo, y otro al tercero, si alguno de los primeramente instituidos muere, ó no quiere aceptar su parte, la heredará el que le corresponda con arreglo á la institucion, aun cuando nada diga el testador sobre esto (1). La razon es, porque el sucesor no debe tener mas derecho que el que tenia aquel en cuyo lugar sucede.

La sustitucion vulgar fallece: 1.° si el sustituto muere antes del testador: 2.° si acepta la herencia el instituido.

TÍTULO XVI.

DE LA SUSTITUCION PUPILAR Y DE LAS DEMAS SUSTITUCIONES.

La sustitucion pupilar decimos que es *una sustitucion directa hecha por el padre de familias á sus hijos impúberes que se hallan bajo su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran antes de llegar á los años de la pubertad* (2). Tres diferencias se encuentran entre la sustitucion vulgar y la pupilar. 1.ª Sustituir vulgarmente pueden todos los testadores; pupilarmente solo los

(1) L. 3. tít. 5. Part. 6.

(2) Ll. 1. y 5. tít. 5. Part. 6.

padres de familia. 2.ª Vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los hijos impúberes. 3.ª En la primera se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no fuere heredero; en la segunda para un caso afirmativo: si mi hijo fuere heredero y muriere antes de llegar á la pubertad (1).

Hemos visto la definicion de esta sustitucion: resta ahora ver varios axiomas que de ella nacen. 1.º *El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad* (2). Este axioma es claro, si atendemos á que las leyes solamente conceden al padre que sustituya pupilarmente, y esto cuando tiene al hijo en su potestad. 2.º *La causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad.* Y es la razon, porque como los impúberes no pueden hacer testamento (3), para que no mueran intestados ha parecido justo que sus padres testen por ellos, la cual razon cesa luego que los hijos llegan á la edad de catorce ó doce años (4). 3.º *Cuando se sustituye pupilarmente hay dos testamentos.* Pero no se ha de entender que son dos por razon de la forma y solemnidades, pues no se requieren mas testigos que los necesarios en cualquier testamento, sino por la doble institucion de heredero que se hace. De suerte que en este caso el padre hace primeramente su testamento, é instituye en él á su hijo por heredero; despues testa por éste, y establece quien le herede, si muere antes de llegar á la pubertad; por lo cual equivalentemente hay dos testamentos (5).

Siendo, pues, el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, se sigue: 1.º Que la madre no puede susti-

(1) Ll. 1. y siguientes del dicho tít. 5.
(2) L. 5. ya citada.
(3) L. 13. tít. 1. Part. 6.
(4) Véase toda la ley 5. tít. 4. Part. 6.
(5) L. 7. del mismo tít.

tuir pupilarmente, pues nunca tiene á los hijos en su potestad (1). 2.° Que ni el padre podrá hacerlo á sus hijos emancipados, porque habiendo salido estos de la patria potestad por la emancipacion (2), y siendo el fundamento de la sustitucion pupilar la patria potestad, es evidente que carece de facultad para hacerla. 3.° Que ni el abuelo paterno puede sustituir pupilarmente, aun á falta del padre, pues aunque antiguamente tenia patria potestad en los nietos (3), hoy no la tiene (4). 4.° Que el padre puede sustituir pupilarmente aun á su hijo desheredado. La razon se infiere de lo dicho: el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad, la cual no se pierde por la desheredacion (5). 5.° Que se acaba la sustitucion en el caso de que el hijo sea emancipado despues de hecha, lo que no necesita de prueba.

Hemos dicho en el segundo axioma que la causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad; y de aqui se infiere: 1.° que no se puede sustituir al hijo sino para todo el tiempo que le resta hasta cumplir la edad prefinida por derecho: 2.° que se acabará luego que la cumpla, pues no hay cosa mas natural sino que cese el efecto cesando la causa.

El 3.° axioma es que la sustitucion pupilar es doble testamento, por lo cual: 1.° no puede el padre dar sustituto á su hijo sin hacer antes testamento para sí, pues no puede haber sustitucion sin que preceda institucion: 2.° el sustituto del hijo recibirá todos sus bienes por cualquier línea que le vengan, pues entra en todos sus derechos (6) (*).

(1) L. 2. tít. 17. Part. 4.
(2) L. 15. tít. 18. Part. 4.
(3) L. 1. tít. 13. Part. 4.
(4) L. 8. tít. 1. lib. 5. de la Rec.
(5) L. 6. tít. 5. Part. 6.
(6) L. 7. tít. 5. Part. 6.
(*) Acerca de si puede el padre escluir á la madre del pupilo de la

Finalmente, anulándose el testamento del padre, no producirá efecto la sustitucion pupilar, porque faltando lo principal falta tambien lo accesorio.

Aunque ya se han dicho varios modos por los cuales se acaba ó pierde su efecto la sustitucion pupilar, para mayor claridad los resumiremos todos aqui. Estos son: 1.º cuando el hijo sale de la patria potestad: 2.º cuando llegue á la pubertad: 3.º cuando el testamento del padre se anula ó se rompe: 4.º si se verificare el caso de que el hijo renunciase la herencia (1); y el 5.º si muriere primero el sustituto que el hijo.

§. I.

De la sustitucion ejemplar.

La sustitucion ejemplar es *una sustitucion directa que los ascendientes hacen á sus descendientes fátuos, locos ó desmemoriados aunque sean mayores de veinte y cinco años, no por falta de edad para testar, sino por la de uso de su entendimiento* (2). Como esta sustitucion no tiene por fundamento la patria potestad, sino la necesidad, por el estado deplorable del descendiente, la pueden hacer el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ambos sexos, ya esten en su poder, ó casados ó emancipados, y tambien la madre á los naturales cuando les debe su legítima; pero no á los espurios, como tampoco el padre puede sustituirles ni á los naturales.

Llámase esta sustitucion ejemplar, porque se hace á imitacion y ejemplo de la pupilar, y se ordena en estos

sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar espresa, es opinion que se controvierte por una y otra parte. Véase á Febr. reform. Part. 1. cap. 1. §. 3. n. 90.

(1) L. 10. tít. 5. Part. 6.

(2) L. 11. tít. 5. Part. 6.

términos: instituyo por mi heredero á Ticio, mi hijo legítimo, y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establezco por su heredero á Cayo, su hermano. En cuyo caso, muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes (1).

Pero en esta sustitucion se ha de observar precisamente este órden. Primeramente se han de nombrar por sustitutos del loco, fátuo ó desmemoriado á sus hijos, pues aunque los tenga se les puede sustituir ejemplarmente. A falta de ellos á los nietos y demas descendientes por su órden y grado: no teniéndolos, á un hermano, como quieren algunos autores (2), ó á todos, como quieren otros (3); y en su defecto á los estraños (*).

Se acaba la sustitucion ejemplar por una de estas tres causas: 1.ª cuando el loco ó fátuo recobra su juicio: 2.ª cuando le nace despues hijo ó hija; y la 3.ª cuando el que la hizo la revoca despues por testamento posterior (4).

§. II.

De la sustitucion compendiosa.

La sustitucion compendiosa es *una sustitucion directa*

(1) L. 11. tít. 5. Part. 6.

(2) Sala en sus notas á Vinnio en la nota de derecho de España, puesta á este tít. §. 1. n. 9.

(3) Febrero reform. cap. cit. n. 93.

(*) Si aun en la sustitucion pupilar es muy dudoso que pueda ser escluida de la herencia la madre, y es mas probable segun algunos la contraria, ¿cuánto mas en ésta, en que no hay el fundamento de la patria potestad como en la pupilar, sino sola la determinacion de la ley? Y asi parece que deberá observarse la 6. de Toro, que llama á la herencia á los ascendientes antes que á los hermanos del loco y que al estraño, teniéndose por derogada la ley 11. tít. 5. Part 6. Véase á Gregorio Lopez en dicha ley, palabra *otro estraño*; y á Covarrubias de Test.

(4) L. 11. al fin, tít. 5. Part. 6.

que comprende, ó puede comprender, á todos los herederos instituidos y á sus tiempos, edades y bienes que el testador les deja; ó por mejor decir, es *una sustitucion que bajo el compendio de palabras contiene diferentes sustituciones segun la multitud y variedad de tiempos.* Como ésta incluye en sí la pupilar, solo el padre la puede hacer á sus hijos impúberes que estan en su poder, y se ordena en esta forma: instituyo por mi heredero á Ticio, mi hijo legítimo, y en cualquier tiempo que muera le sustituyo á Sempronio. En este caso, si el hijo no fuere heredero tendrá lugar la sustitucion vulgar: si lo fuere y muriere antes de la pubertad valdrá como pupilar; y si fuere loco ó fátuo como ejemplar (1).

§. III.

De la sustitucion brevilocua.

Esta sustitucion, á la que tambien llaman recíproca, es *una sustitucion directa que se hace mútuamente á algunos herederos instituidos para el caso de defecto de algunos.* Llámase brevilocua, porque se hace brevemente, ó con pocas palabras; v. gr., instituyo por mi heredero á Ticio y Cayo, mis dos hijos legítimos menores de catorce años, y los hago mútuamente sustitutos uno del otro. En cuya sustitucion, que solo puede hacer el padre, se incluyen cuatro, dos vulgares, y dos pupilares; pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ó si habiendo salido de ella no quisiere aceptar la herencia, la percibirá toda el otro instituido (2).

(1) L. 12. tít. 5. Part. 6.
(2) L. 1. tít. 4. lib. 5. Rec.

TÍTULO XVII.

DE QUÉ MODOS PIERDE SU EFECTO EL TESTAMENTO.

El testamento segun nuestro derecho unas veces no produce efecto alguno desde el principio, y otras habiendo sido válido en todas sus partes se vicia á lo menos en cuanto á la institucion de heredero, y entonces se dice que se rompe ó se rescinde. Cuando el testamento carece de las solemnidades esenciales que hemos esplicado ya que debe tener, ó cuando el testador es de aquellas personas que estan inhabilitadas por derecho para este efecto, entonces el testamento que se hace se llama *nulo*, y no produce efecto alguno en todas sus partes; v. gr., un testamento nuncupativo hecho con solo dos testigos, ó con tres que no fuesen vecinos del lugar, ó si fuese herege ó apóstata el que lo otorga.

El testamento válido en su principio se romperá en cuanto á la institucion de heredero, aunque valga en cuanto á las mandas (1), de dos modos. El primero, por la supernascencia de algun hijo, del cual no se hizo mencion en el testamento. El segundo, por otorgamiento de otro posterior. El primer modo se verificará cuando al testador le nace de su muger legítima algun hijo ó hija, ó cuando adopta conforme á derecho, ó legitíma á alguno, de suerte que se haga heredero forzoso de sus bienes. En estos casos se anula la institucion de heredero estraño que se habia hecho, y entra en su lugar el hijo ó hijos á heredar toda la parte que conforme á nuestro derecho les toca, escepto el quinto; y todo lo demas del testamento subsistirá, como tambien los legados hasta donde alcance el quinto, que es del que tienen los padres libre disposicion.

(1) L. 1. tít. 4. lib. 5. de la Rec.

Lo mismo se debe decir en el caso de que ya el testador tenga hijos, y le nazca otro, pues éste sin anular el testamento entrará á la parte con los demas.

De tal suerte huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin urgente necesidad, que fundándose en su espíritu opinan los autores que valdria la disposicion de uno que sabiendo que tiene hijos legítimos no los establece por herederos; pero ni tampoco á un estraño, juzgándose en este caso que tácitamente los llama, de lo cual se infiere que aun la pretericion no induce nulidad por nuestro derecho, pues en semejantes casos valen las mandas hasta aquella cantidad que alcance el remanente del quinto.

Por posterior testamento puede romperse el primero, no solo en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en un todo, siendo el segundo perfecto (1). Y la razon es, porque ninguno puede imponerse á sí mismo ley de la que no le sea lícito apartarse, y mas permitiéndolo espresamente el derecho en atencion á que la voluntad humana es variable hasta la muerte (2).

Pero aunque el testamento posterior se haya hecho con todas las solemnidades prescritas por derecho, será válido el anterior en dos casos. El primero, si creyendo el testador haberse muerto el heredero instituido en aquel, nombra á otro en éste, espresando la causa de la nueva institucion, pues verificándose que el primero vive, llevará la herencia, y no el segundo; pero las mandas que ambos contengan valdrán en todo lo que haya lugar (3); y la razon de esto es la falsedad de la causa que motivó la segunda institucion de heredero.

El segundo caso es cuando el testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias generales ó especiales, y

(1) Ll. 21. y 23. tít. 1. Part. 6.

(2) L. 25. tít. 1. Part. 6.

(3) L. 21. tít. 1. Part. 6.

en el que hace despues no se mencionan (1). Pero si el testador tuviese cuidado de espresar la derogacion que hace del primero con toda la individualidad necesaria, no hay duda que quedará revocado el primero (2).

Finalmente, se rescinde el testamento cuando es inoficioso.

TÍTULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

Inoficioso se llama el testamento que no está hecho conforme á la piedad que deben tenerse los parientes entre sí, por lo cual permite el derecho que habiendo éste sido válido se rescinda, lo cual se pide con una accion que se llama *queja de inoficioso testamento*, y no es otra cosa que *una accion con la cual los ascendientes ó descendientes desheredados por su nombre, y con espresion de causa legítima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera.*

Como esta accion es odiosa, porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y asi no será necesaria: 1.º Por la preterición ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure nulla* la institucion de heredero (3). 2.º Tampoco será necesaria al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su legítima (4). De donde se infiere que solo habrá lugar á la queja entre descendientes y ascendientes en el caso insinuado en la definicion, esto

(1) L. 22. del dicho tít. 1. Part. 6.
(2) La misma ley 22.
(3) L. 1. tít. 8. Part. 6.
(4) L. 5. del mismo tít.

es, cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho; pero el heredero establecido, que es á quien toca probar la causa en caso de negarla el desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente (1).

La queja de inoficioso testamento no se da conforme á derecho á todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y ascendientes á quienes se debe porcion legítima. Mas los hermanos la tienen en un caso: éste es cuando pudiendo ser herederos se les antepone una persona torpe ó de mala fama; pero no siéndolo, es libre cada hermano para dejar sus bienes á quien quiera (2).

Visto ya qué es queja, y quién puede usar de ella, resta examinar qué efectos produce, y cuándo cesa. Cuanto á lo primero el efecto de esta queja es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme á derecho, y en la parte correspondiente y todo lo demas del testamento queda en su vigor (3), como son los legados, fideicomisos, nombramiento de tutor &c. Cuanto á lo segundo cesa la queja: 1.º Siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues éste no es mas que un remedio subsidiario. 2.º Cesa siempre que se consiente en la desheredacion, ya sea espresa, ya tácitamente (4), como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el estraño hubiese aceptado la herencia, pues si pasado este tiempo se quisiere quejar, no debe ser oido, si no es que fuese menor de veinte y cinco años, que entonces tendrá accion hasta que los cumpla, y aun cuatro años despues.

Como hemos dicho que la queja de inoficioso testamen-

(1) Ll. 1. y 4. tít. 8. Part. 6.
(2) Ll. 2. y 3. del mismo tít.
(3) L. 7. tít. 8. Part. 6.
(4) L. 6. del dicho tít.

to se da á todos los ascendientes y descendientes que por derecho se les debe porcion legítima, se hace preciso esplicar qué parte de la herencia sea la que con este título se debe dejar por los ascendientes á sus descendientes, y por estos á aquellos; y para dar toda la luz necesaria á esta materia, se tratará tambien de las mejoras de tercio y quinto.

La legítima que se debe por nuestro derecho á los descendientes legítimos, comprende todos los bienes de sus ascendientes, esceptuando la quinta parte, de la cual pueden disponer á su arbitrio en vida ó en muerte (1), entendiéndose que solo es un quinto en ámbos tiempos, como está declarado (2). De esta parte, y no del cuerpo de la hacienda del testador, se han de deducir los gastos de su funeral, misas, entierro y legados que haga el que tiene descendientes legítimos, aunque lo prohibiese espresamente. Mas la parte que los descendientes deben dejar á sus legítimos ascendientes, sea en testamento ó abintestato, cuando estos no tienen descendientes legítimos, comprende solamente las dos tercias partes de los bienes que el hijo ó descendiente dejare por su muerte; y asi les queda facultad de disponer por su alma, ó entre estraños, del tercio (3).

Aunque como se ha dicho el testador que tiene hijos legítimos debe dejar á estos las cuatro partes de todos sus bienes, sin tener arbitrio para disponer en su perjuicio de mas que de la otra parte, á la que llamamos quinto, con todo, le concede el derecho facultad para que pueda asignar á uno ó á muchos de sus descendientes, sean hijos ó nietos &c., el tercio de sus bienes (4), la cual doctrina se

(1) L. 12 tít. 6. lib. 5. Rec.
(2) Dicha ley 12.
(3) L. 1. tít. 8. lib. 5. Rec.
(4) L. 2. tít. 6. lib. 5. Rec., y la 10. tít. 5. lib. 3. del Fuero Real.

percibirá mas claramente con lo que diremos inmediatamente de las mejoras.

Decimos hacerse mejora cuando el padre deja el tercio ó el quinto á uno, ó á muchos de sus hijos ó descendientes legítimos (1); y es la razon, porque en esta parte que les deja señaladamente, los hace mejores respecto de los otros descendientes. Pero si el padre hace ambas mejoras, primero se saca el quinto, y despues el tercio, para que sea mas cuantioso el quinto en favor del alma del testador (2). Acerca de las condiciones y gravámenes que pueden ponerse por los padres en el tercio ó quinto hemos dicho ya lo suficiente en otra parte (3).

Como las leyes permiten á los ascendientes que mejoren á sus legítimos descendientes por contrato entre vivos, ó por última voluntad, se infiere que si aquellos hacen donacion á alguno de estos, aunque no usen de la palabra *mejoro*, se entiende serlo en el tercio y remanente del quinto, contándose lo que en estos quepa para que con ningun otro pueda hacerlo en mas de su importe, pues si asciende á mas se tendrá por legítima, y escediendo á esta y á la mejora, deberá el donatario restituir el esceso á los coherederos (4). Pero si mandan que lo traiga todo á colacion y particion, no se entenderá mejorado, antes bien deberá restituir lo que escediere de su legítima la cantidad recibida, pues se infiere claramente que no lo mejoraron.

Las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni espresamente; y asi, aunque sus padres las me-

(1) Tít. 6. lib. 5. de la Rec.
(2) L. 214. del Estilo.
(3) Tít. 14. de este libro.
(4) L. 10. tít. 6. lib. 5. de la Rec.

jorasen por razon de matrimonio no vale (1), y por consiguiente tampoco el pacto ó promesa que por esta razon haga el padre á su hija ó yerno de no mejorar á los demas hijos, porque por este pacto es visto ser mejorada respecto á privarse el padre de hacerlo con los demas hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir si su padre los mejorase. Pero por testamento ú otra última voluntad sí puede, porque no hay derecho que se lo prohiba. Lo mismo parece que sucederá por contrato entre vivos, con tal que el dotarlas ó casarlas no sea la causa impulsiva y final de la mejora, ó aunque lo sea no esceda la dote de la renta que prefine la ley 5.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Rec., en cuyos casos, aunque supere á la legítima que debe corresponderles atendido el valor de los bienes que sus padres, ó el que los mejoró dejen, parece que no tendrán obligacion de restituir el esceso, y que se les computará todo en legítima.

Mas aunque una ley de Recopilacion (2) dice que para llamarse inoficiosas las dotes se ha de mirar si esceden del valor del tercio, quinto y legítima, y si caben en los bienes que deja el que las dió ú ofreció, ó en los que tenia cuando las mandó, segun quisiere elegir la persona á quien fueron prometidas, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos. Por lo cual, si la dote que da el padre á su hija escede de la legítima que la puede tocar cuando muere, atendido el valor líquido y efectivo de sus bienes, unido con el de la dote que haya dado antes á la hija existente en su dominio (*), debe

(1) L. 1. tít. 2. lib. 5. Rec., y auto 4. n. 24. tít. 12. lib. 7. de la Rec.

(2) L. 3. tít. 8. lib. 5. Rec.

(*) Nótese que los padres pudiendo estan obligados por derecho á dotar á sus hijas legítimas existentes en su dominio, sean ó nó ricas,

restituir el esceso á sus hermanos por no transferírsela su dominio, ni podérsela computar en tercio ni quinto, porque la ley resiste y anula esta donacion. A que se añade, que para poder dotar, y que la dote sea cóngrua y no se gradue de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, á su calidad y condicion, y la de la dotada y su marido, á los hijos con que el donante se halla, y á la costumbre del pueblo. Pero bien podrá hacerles alguna donacion simple por mera liberalidad, pues cesando todo fraude valdrá, porque la ley citada reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio, á causa de ser escesivas; mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario seria correctoria de las que permiten estas donaciones (1).

Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus descendientes en contrato entre vivos ó última voluntad, por las causas por qué se permite revocar las donaciones perfectas, á menos que siendo hecha por contrato entre vivos hayan entregado al mejorado la posesion de los bienes de ella, ó á presencia de escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa, v. gr., por casamiento ó por otra causa semejante, que en estos casos es irrevocable (2).

TÍTULO XIX.

DE LA DIFERENCIA QUE HAY DE HEREDEROS.

Ya hemos dicho arriba que el heredero es un sucesor

y de estas dotes y donaciones son de las que habla la ley 9. tít. 6. lib. 5. de la Recopilacion cuando dice, que el tercio ni quinto de mejora no se debe sacar de los dotes ni donaciones, pues son bienes de los hijos, y no del padre. Véase para lo primero la ley 8. tít. 11. Part. 4.

(1) Véase á Febrero de Particiones, lib. 2. cap. 2. §. 2.

(2) L. 1. tít. 6. lib. 5 Rec.

universal de los derechos y acciones que corresponden ó pueden corresponder al testador. La primera division de herederos que hallamos por nuestro derecho es, que unos son *ex testamento*, y otros *abintestato*. Los herederos ex testamento son los que el testador nombra por tales, ya sean ó nó consanguíneos, para que le sucedan en todos sus bienes, derechos y acciones; y asi, mediante su espresa voluntad, entran en ellos. Herederos abintestato son los mas cercanos parientes del difunto que no hizo testamento, ó si lo hizo fue nulo por no ser arreglado á derecho, y estos solo por disposicion de las leyes le suceden en todos sus bienes, y por eso se llaman tambien legítimos.

Los herederos ex testamento se dividen en universales y particulares: universales se llaman los que suceden no solo en todos ó en una parte de los bienes del testador, sino tambien en sus cargas, por lo que se llaman propiamente herederos: particulares son los que suceden en cosa cierta y singular, v. gr., una casa, y estos son propiamente legatarios. Se subdividen los herederos ex testamento en forzosos, que tambien se llaman legítimos, en necesarios y voluntarios (1). Los forzosos son los hijos y descendientes legítimos del testador, y se llaman asi, no porque esten obligados á aceptar la herencia, sino porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, no teniendo causa legítima para desheredarlos; y se llaman tambien legítimos, porque nacen conforme á las leyes y disposiciones de la iglesia. De estos hay tres clases, que tienen alguna distincion: unos son nacidos y procreados durante matrimonio verdadero, para cuya celebracion no tuvieron sus padres impedimento canónico. Otros que aunque han sido engendrados y nacidos durante él, resultó despues entre sus padres algun impedimento que ig-

(1) L. 21. tít 3. Part. 6.

noraban ambos, ó á lo menos el uno. Y otros los que engendran y procrean soltero y soltera libres de impedimento canónico para casarse, pues si sus padres lo verificaren serán legitimados por subsiguiente matrimonio (1). A todos los dichos deben sus padres instituir por herederos, aunque no esten en su potestad al tiempo de hacer el testamento, y les deben necesariamente suceder no habiendo, como ya hemos dicho, causa legal para desheredarlos; pues á los hijos en quienes concurren las calidades referidas, pertenecen los bienes de sus padres por derecho natural y positivo, y en ellos tienen cuasi dominio.

Ningun estraño puede entrar en parte con los descendientes legítimos, y si fuere instituido heredero con ellos, será inválida é ineficaz en cuanto á él la institucion; pero se comprenden entre los herederos legítimos los *póstumos*, y se llaman asi los que nacen despues de la muerte de sus padres. Mas para que sean reputados por legítimos es preciso que su madre los dé á luz lo mas á los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de ésta viva en su compañía, pues si nacen, aunque no sea sino un dia entrado en el onceno mes, no se reputarán por legítimos; pero sí naciendo dentro de los siete (2), ó de los nueve, que es lo comun.

En la clase de herederos forzosos y legítimos se comprenden tambien los ascendientes legítimos, á los cuales sus descendientes, no teniéndolos legítimos, ú otro que hayan derecho de heredarlos, deben instituirlos por sus herederos, y lo son ex testamento y abintestato (3), y no solo deben sucederles en sus bienes adventicios, sino tambien en los castrenses y cuasi castrenses. Los que han derecho de heredar á los descendientes legítimos, no teniéndolos estos,

(1) Ll. 1. tít. 13. Part. 4., 2. y 4. tít. 6. lib. 3. del Fuero Real.
(2) L. 4. tít. 23. Part. 4.
(3) L. 1. tít. 8. lib. 5. Rec.

con el hijo natural legitimado por el subsiguiente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe, y el adrogado, los cuales escluyen á los ascendientes legítimos de la sucesion de los bienes de sus descendientes.

Los herederos necesarios por derecho de Partidas son los siervos del testador cuando los instituye por tales, y se llaman asi, porque una vez establecidos, estan obligados á admitir la herencia de su señor, y á pagar no solo de los bienes de éste, sino de los suyos propios adquiridos antes ó despues de su muerte, las mandas y deudas que deja, y por la institucion se hacen libres (1). Los voluntarios ó estraños son todos los demas, á los cuales se dan estos nombres, porque aunque sean parientes del testador, no tiene obligacion en el fuero esterno de dejarles sus bienes.

Acerca de la capacidad y habilidad del heredero para serlo es necesario advertir que para que pueda heredar forzosamente al testador basta que no tenga impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion lo hubiese tenido. Los necesarios (si se verificase el caso) han de carecer de él, asi al tiempo de la institucion como al del fallecimiento. Mas los estraños deben estar libres é indemnes en tres tiempos: el primero cuando son instituidos: el segundo cuando muere el testador; y el tercero cuando aceptan la herencia, pues si en alguno de ellos lo tienen no la llevarán, antes bien entrará en ella el sustituto, si lo hubiere, ú otro que con ellos sea instituido, á quien acrecerá; y si ninguno de estos hubiese, pasará á los parientes mas cercanos del testador (2).

En atencion á que el cargo de heredero era sumamente gravoso, por cuanto el que lo aceptaba era compelido á pagar todas las deudas (3) del difunto, como que era su

(1) L. 21. tít. 3. Part. 6.
(2) L. 22. tít. 3. Part. 6.
(3) Prol. del tít. 6. Part. 6.

sucesor universal y entraba representando su persona, para facilitarlo se concedieron á los que fuesen herederos dos beneficios, que son: el derecho de deliberar, y el de inventario. El primero es *un espacio concedido por la ley al heredero dentro del cual pueda informarse, asi del valor de la herencia, como del número de las deudas, y resolver si le tiene provecho ó nó el aceptarla* (1). El tiempo que puede conceder el Rey es de un año, y los demas jueces inferiores nueve meses. Pero conociéndose que en menos tiempo se puede deliberar, solo se les deberán conceder cien dias (2). Pero de este beneficio no se usa, por cuanto hay concedido otro mas útil y mas seguro, con el cual sin peligro alguno puede cualquiera aceptar una herencia.

Este es el de *inventario*, el que haciéndose conforme á derecho es de grande utilidad. Veamos, pues, qué cosa sea inventario, cómo deba hacerse, y qué efectos produce. Inventario no es otra cosa que *un instrumento en que se escriben y sientan todos los bienes que se encuentran, sea por muerte, ó por embargo de alguno* (3).

Se divide el inventario en solemne y simple: el primero es el que se hace observando todas las solemnidades prescritas por derecho, y el segundo el que se formaliza haciendo solamente una descripcion ó nómina de los bienes. Ambos convienen en el fin, el cual es que se conozca qué bienes, de qué clase, precio, peso y medida existen.

Para que el inventario solemne sea válido se requieren las condiciones siguientes: 1.ª Que se cite al efecto á los herederos (si no es que lo hagan ellos), legatarios y acreedores (4). 2.ª Que se haga ante personas publicas, con autoridad pública, como son juez y escribano; pero pare-

(1) L. 1. tít. 6. Part. 6.
(2) L. 2. del mismo tít.
(3) Ll. 99. y 100. tít. 18. Part. 3., y 5. tít. 6. Part. 6.
(4) L. 6. tít. 6. Part. 6., de la que se infiere que vale el inventario

ce que de necesidad no se requiere la presencia del juez, si no es en algunos casos que trae Febrero (1), y asi por lo regular basta la del escribano precediendo auto del juez, pues las leyes no piden este requisito de su presencia contínua (2). 3.ª Que se inventarien todos los bienes que dejó el difunto por clases separadas y por menor, con distincion de muebles, raices, semovientes, fueros, derechos y acciones, juntamente con todos los libros y papeles tocantes á los bienes hereditarios. 4.ª Que se ponga en el inventario el dia, mes, año y lugar en que se comienza y concluye, al modo que en cualquier instrumento público, y de lo contrario no vale (3): la razon es, porque el heredero debe acreditar haberlo principiado y concluido en el término legal, y no podrá hacer la prueba si carece del dia, mes y año; fuera de que, como instrumento público, se viciaria por esta falta, y seria lo mismo que no haberlo hecho (4). 5.ª Que se principie y concluya dentro del término legal. El heredero, pues, debe comenzar el inventario dentro de los treinta dias primeros siguientes al en que sepa que está instituido por tal, y concluirlo dentro de tres meses inclusos los treinta dias. Esto es, si en el distrito del pueblo donde falleció el testador existen los bienes de la herencia, pues hallándose algunos en otra jurisdiccion se le puede conceder un año á mas de los tres meses (5). 6.ª Que presencien la confeccion del inventario tres testigos vecinos del pueblo en que se formaliza, varones y de buena fama, que conozcan al heredero ó inventariante, y que vean lo que

aunque no se citen los legatarios; pero en este caso les queda arbitrio para argüirlo de diminuto.

(1) Véase en el libro 1. de inventarios, cap. 1. §. 1. n. 16.

(2) Ll. 99. y 100. tít. 18. Part. 3., y 5. tít. 6. Part. 6.

(3) L. 13. tít. 25. lib. 4. Rec.

(4) Ll. 5. tít. 6. Part. 6., y 13. tít. 25. lib. 4. Rec.

(5) Ll. 100. tít. 18. Part. 3, y 5. tít. 6. Part. 6.

se inventaria, oigan y entiendan lo que se escribe (1). 7.ª Que el que hace el inventario lo suscriba ó firme, y si no sabe, otro escribano por él (2). Pero lo que se practica es que uno de los testigos firme, pues no es posible que en todas partes se hallen dos escribanos (3). 8.ª Que el inventariante asegure que ha hecho fiel y legalmente el inventario sin engaño alguno (4), cuya cláusula regularmente se pone con juramento, aunque las leyes no lo previenen.

El inventario simple ó estrajudicial ciertamente no necesita de juez ni de decreto para hacerse, pero sí de escribano, y se formaliza con todas las solemnidades dichas.

Los principales efectos que produce el inventario son: 1.º que habiéndolo el heredero verificado no puede ser reconvenido en mas de lo que monte el valor de los bienes que hereda: 2.º que no se le puede mover pleito mientras lo está formando; y 3.º que en su consecuencia puede determinar sobre la renuncia ó aceptacion de la herencia, lo cual puede hacer por palabra ó por hecho (5).

TÍTULO XX.

DE LOS LEGADOS.

El legado, que tambien se llama manda, es *una donacion que el testador hace en su testamento, ó en otra disposicion testamentaria, á alguno por amor de Dios, ó por su alma, ó por hacer bien á quien se la deja*; y legatario se llama *aquel que es nombrado para su percibo* (6).

(1) Ll. 100. tít. 18. Part. 3., y 5. tít. 6. Part. 6.
(2) Idem idem.
(3) Feb. de invent. lib. 1. §. 1. n. 36.
(4) Ll. 100. tít. 18. Part. 3., y 5. tít. 6. Part. 6.
(5) Ll. 5. 7. 10. 11. y 18. tít. 6. Part. 6.
(6) Ll. 6. tít. 6., y 1. tít. 9. Part. 6.

Los legados se dividen en forzosos y voluntarios. Los primeros son aquellos que por mandado del derecho se deben dejar á ciertos y determinados objetos piadosos, quedando al arbitrio del testador la cantidad que quiera legar. Los voluntarios son los que dependen de la voluntad del testador, como efecto de su liberalidad.

Habiendo visto qué cosa es legado y su division, resta examinar ahora quién puede legar, á lo cual decimos que todo aquel que puede instituir heredero y hacer testamento puede dejar legados; y como esto ya queda espuesto en el título de los herederos, y de los que pueden ó nó hacer testamento, es inútil repetirlo. Asi, v. gr., vimos que el hijo de familias puede hacer testamento; luego puede legar: que el herege ó apóstata no lo puede hacer; luego ni tampoco podrá dejar legados.

Tampoco tiene dificultad el saber á quiénes se pueden dejar legados, pues es constante que son capaces de ello todos los que pueden ser instituidos por herederos, y que no tienen prohibicion de serlo al tiempo de la muerte del testador, aunque la hayan tenido al tiempo de dejárseles el legado (1). Esceptúase de esta regla el legado de alimentos, el cual es tan favorable, que se puede dejar aun á los incapaces de ser herederos, v. gr., el hijo espúrio (2).

Puede el testador mandar que pague á otro algun legado á todos aquellos que reciben algo de su testamento, con tal que no los grave en mas de lo que hayan recibido de él (3); y asi no hay duda que podrá mandar que den legados á su heredero, legatario, fideicomisario y donatario *mortis causa*, porque todos estos perciben alguna cosa de los bienes de la herencia; v. gr., puede un testador de-

(1) L. 1. tít. 9. Part. 6.
(2) L. 8. tít. 8. lib. 5. Rec.
(3) L. 3. tít. 9. Part. 6.

cir de esta manera: á Seyo le lego mi casa; á Sempronio lego mil pesos que le entregará á Seyo. Pero si á Seyo le hubiese legado mil pesos, y le mandase pagar á Sempronio un legado de mil y quinientos, no valdria semejante legado, porque se gravaria á Seyo en mas de lo que se le habia dejado (1). De lo dicho se infiere que á ninguno se le puede legar una cosa que sea suya propia, pues ninguna liberalidad se ejerceria con él dejándole lo mismo que ya tenia antes. Pero si el testador me legase mi casa para el caso en que dejase de ser mia, seria válido el legado, y entonces el heredero, verificado el caso, deberia, ó redimirla para volvérmela, ó darme su estimacion.

Uno de los puntos principales en esta materia es saber qué cosas se pueden legar; y acerca de esto es regla general que *se pueden legar todas aquellas cosas que existen ó pueden existir*, y asi valdrá el legado que uno hiciera de la cosecha del año venidero. Tambien las cosas corporales ó incorporales, de cualquiera especie que sean, se pueden legar útilmente (2), y asi ninguno dudará que se puede legar un usufructo, una servidumbre, una deuda activa, aun siendo todas estas cosas de las que se llaman incorporales. Se requiere con todo eso que la cosa que se lega esté en el comercio de los hombres, pues de otra suerte ni se podrá dar, ni recibir; y asi será absurdo el legado de un templo, de una plaza pública, ó de un puerto, y de otras cosas semejantes, pues todas estas estan exentas del comercio de los privados (3).

Puede el testador legar no solo sus cosas y las de su heredero, sino tambien las agenas, y en este caso tiene obligacion el heredero de comprar de su dueño la cosa le-

(1) L. 4. tít. 9. Part. 6.
(2) L. 15. id.
(3) L. 13. id.

gada y entregarla al legatario; y si el dueño no la quisiese vender, la estimacion (1). Pero todo esto se entiende en el caso de que el testador supiese que la cosa que legaba era agena, pues si creía que era suya á nada estará obligado el heredero, pues hay presuncion fundada de que no hubiera hecho el legado si hubiese sabido que la cosa no era suya, y siempre es de cargo del legatario probar que supo el testador que la cosa era agena, y si no lo verificare perderá el legado (2). De esta regla se esceptúa el caso de que el testador hiciese algun legado de cosa agena á su muger ó á algun pariente, pues entonces se presume que en todo caso se la quiso legar (3).

¿Pero qué se deberá hacer cuando el legatario ya haya adquirido la cosa agena que se le lega en algun testamento? En este caso se debe distinguir si la adquirió por título oneroso ó lucrativo: si la adquirió del primer modo, le debe entregar el heredero la estimacion: si del segundo, el legado es inútil por la regla que dice que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y acerca de una misma persona* (4). Esta regla es digna de observarse, y de ella salen cuatro conclusiones. 1.ª Que si antes de la muerte del testador habia yo comprado la casa de mi vecino, y él, ignorante de la compra, me la habia legado en su testamento, se me debe la estimacion en este caso, porque la compra es título oneroso. 2.ª Que si la casa del vecino se me lega en dos testamentos de dos sugetos distintos, si ya la he recibido del uno, no puedo pedir del otro la estimacion, porque he recibido la casa por título lucrativo: por el contrario, si en virtud del legado del primer testamento solo recibí la estimacion, toda-

(1) L. 10. tít. 9. Part. 6.
(2) Dicha ley en el medio.
(3) Idem al fin.
(4) L. 43. tít. 9. Part. 6.

via puedo pedir la casa en fuerza del segundo, porque aun no la he adquirido, y asi no se verifica título lucrativo ni oneroso (1). 3.ª Que si se me ha legado la casa del vecino, y yo solo he adquirido una parte por título lucrativo, se me deberá la estimacion de la otra parte. 4.ª Que si se me ha legado alguna cosa agena, y yo solo he adquirido la propiedad sin el usufructo por título oneroso, entonces recibiré la estimacion de solo la propiedad (2).

Puede el testador legar las cosas suyas que tiene dadas en prenda á otro, y vale el legado (3); pues siendo constante que puede legar las cosas agenas, con mayor razon podrá hacerlo con las opignoradas, en las cuales retiene el testador la propiedad. Lo principal en este punto está en saber cuándo tendrá el heredero obligacion de pagar la cantidad que adeuda la cosa empeñada, y cuándo el legatario, para lo cual estableceremos varias reglas. 1.ª Sabiendo el testador que la cosa que lega está empeñada por menos de su valor, la debe desempeñar el heredero, y entregarla libre al legatario (4). 2.ª Si la cosa estaba empeñada por tanta ó por mayor cantidad de la que importa su valor, tambien la deberá desempeñar el heredero, ahora lo supiese ó nó el testador (5). Si la cosa estaba empeñada por menos de su valor, y el testador lo ignoraba, entonces el legatario debe desempeñarla (6).

Vale tambien el legado de la cosa dada en prenda al testador, hecho al mismo que la empeñó; pero en este caso el heredero tiene accion para pedir al legatario la can-

(1) L. 44. tít. 9. Part. 6.
(2) Arg. de dichas leyes.
(3) L. 11. tít. 9. Part. 6.
(4) Dicha ley en el principio.
(5) Idem en el medio.
(6) Idem al fin.

tidad que sobre ella le habia dado el testador (1), sin que por esto pueda decirse que es inútil el legado, pues queda al legatario la utilidad de tener en su poder la alhaja libre del empeño, y de esto es de lo que se hace el legado, á menos que el testador mande espresamente lo contrario.

¿Mas qué se deberá decir cuando el testador haya legado una alhaja, por ejemplo, una casa, y viviendo todavia la enagena? ¿Será válido con todo eso el legado, ó nó? En este caso distingue nuestro derecho: ó la enagenacion fue por donacion, ó por venta: si fue del primer modo se acaba el legado, porque presume el derecho que se arrepintió, y que quiso quitar el legado al legatario (2). Si del segundo, permanece útil el legado, y se debe la estimacion de él, por presumir el derecho que el haber vendido la cosa legada fue por urgencia que padeció el testador, y no con intencion de revocarlo (3).

Muchas veces se dejan legados de varias cosas incorporales; tales son el legado de *nombre*, de *liberacion*, y de *deuda*, las cuales especies se deben distinguir con cuidado. Legado de nombre es cuando el testador lega á Ticio lo que le debe Sempronio. Legado de liberacion ó de libertad es cuando se deja al legatario lo mismo que él debe. Finalmente, legado de deuda es cuando el testador lega á su acreedor lo mismo que él le debia pagar. Por lo que hace al legado de nombre, el efecto que este produce es que el heredero debe ceder al legatario las acciones que tenia el testador contra el deudor (4). ¿Pero qué se deberá hacer cuando esta deuda activa no sea buena, de suerte que el legatario nada perciba del deudor? En este caso

(1) L. 16. tít. 9. Part. 6.
(2) Ll. 17. y 40. dicho tít. y Part.
(3) Dicha ley 40.
(4) L. 15. tít. 9. Part. 6.

á nada mas está obligado el heredero, y cumple con traspasar al legatario todo el derecho que él tenia. Por el legado de liberacion ó de libertad está el heredero obligado á entregar al legatario la escritura de obligacion que hubiese otorgado á favor del testador, las prendas y demas seguridades de la deuda, y de este modo librarlo enteramente de que se le pueda cobrar. Acerca de estos dos legados se puede mover una cuestion curiosa: ¿qué se deberia hacer en el caso de que el testador cobrase en vida la deuda, si permanecerá útil el legado? Aqui distingue tambien nuestro derecho. Si el testador cobró y recibió la deuda, perece el legado, y no está obligado el heredero á dar la estimacion de él, porque se entiende que lo revocó, pues cobró la deuda y se la entregaron; pero si el deudor la pagó de su voluntad no pidiéndosela, entonces vale tanto el legado de nombre como el de liberacion, y el heredero está obligado á dar la cosa mandada en que consistia la deuda, ó su estimacion. Y la razon es, porque recibiendo el testador la cosa adeudada sin pedirla, se presume que su intencion es guardarla para aquel á quien la legó (1).

El legado de deuda se puede dudar con bastante razon si será útil, porque parece que ninguna liberalidad es que el deudor legue á su acreedor lo mismo que le debe: por otra parte el heredero aun sin legado tiene obligacion de pagar todas las deudas del difunto. Mas con todo, muchas veces el legado de deuda es útil: figuraremos tres casos en que lo es evidentemente. 1.º Cuando el testador debe bajo de condicion, ó para cierto dia, entonces la utilidad del legado es suma, porque en virtud de él está obligado el heredero á pagar luego al punto. 2.º Cuando la deuda solo es de escritura sin hipoteca, pues por el legado adquiere el legatario derecho de hipoteca en todos los

(1) L. 15. tít. 9. Part. 6.

bienes de la herencia. 3.° Cuando la deuda no está líquida, ó es dificil de probarse, pues entonces trae al legatario la utilidad de poder probar con el testamento la verdad de la deuda, y de poder solicitar su cobro por la via ejecutiva.

Hay tambien legados que se llaman *de género*, *de especie* y *de cuantidad*, y sus diferencias son dignas de notarse. Género llaman los juristas lo que para los filósofos es especie; v. gr., un caballo, un libro, un vestido. Especie, por el contrario, á lo que los filósofos individuo; v. gr., tal caballo de mi caballeriza, las obras de Heinnecio de mi librería; un vestido de terciopelo negro que tengo en mi ropero &c. Finalmente, cuantidad es un género determinado con cierto número; v. gr., cuatro caballos, mil pesos. Por lo que hace al legado de especie se deben observar las reglas siguientes: 1.ª *La especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario.* Para esto hay dos razones: la primera porque el dominio de la cosa legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, y la cosa perece para su dueño (1). La segunda porque el heredero solamente es deudor de cierta especie, y asi se libra si perece ésta. Se esceptúa de esta regla el caso de que el heredero sea moroso en entregar la cosa legada, pues entonces perece para él, y tambien cuando por culpa suya pereciere, pues como deudor presta hasta la culpa leve (2). 2.ª *Cuando se lega una universidad de cosas, por ejemplo, una manada de ovejas, el aumento ó disminucion que tuviere pertenece al legatario*; y asi, si la manada al tiempo de la muerte del testador era de cien ovejas, y despues con las que nacieron se aumentó hasta ciento y cincuenta, esta utilidad es para el legatario. Por el contrario, si por muerte de las ovejas se disminuyó la manada hasta quedar en veinte cabezas, este daño será tam-

(1) L. 34. tít. 9. Part. 6.
(2) L. 41. tít. 9. Part. 6.

bien del legatario por la razon ya dada de que el dominio de la especie legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador.

Por lo que hace al legado de género se deben observar en él dos reglas. 1.ª Que *para que sea útil es necesario que sea de género ínfimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza*; y asi no producirá efecto si el género fuere supremo, ó sin determinacion por la naturaleza. Esto esplicado de este modo parece oscuro; pero se hará claro con los ejemplos. Un caballo, v. gr., es legado de género ínfimo, y cualquiera sabe qué cosa es un caballo: mas un legado que se hiciese de un animal ó de una cosa absolutamente, seria legado de género supremo; y asi seria cosa absurda y ridícula legar á Ticio, v. gr., un animal, pues en este caso cumpliria el heredero con entregarle una mosca ó una pulga. De aqui se infiere claramente la razon de una ley (1) que dice, que si el testador legare á uno una casa sin tenerla, no está obligado el heredero á comprarla, ni vale el legado, pues presume el derecho que el testador se burla, porque semejante legado seria de un género indeterminado, y que no tiene límites por la naturaleza; y asi solo valdria cuando el testador tuviese alguna ó algunas casas, pues entonces se entenderia que le legaba una de ellas.

2.ª *En el legado de género tiene la eleccion el legatario, pero de tal suerte, que no puede elejir lo mejor* (2); v. gr., si el testador me lega un caballo de su caballeriza, no le toca al heredero darme el que le pareciere, sino que yo puedo escojer el que guste, con tal que no escoja el mejor; y en esto se diferencia el legado de género del legado de opcion.

Legado de *opcion* ó de eleccion se llama cuando el tes-

(1) L. 23. tít. 9. Part. 6.
(2) Dicha ley, tít. y Part.

tador con palabras espresas y terminantes concede al legatario que entre muchas cosas de un mismo género escoja la que le parezca mejor; v. gr., si uno en su testamento dijese de esta manera: lego á Ticio el caballo que eligiere de mi caballeriza, ó el que mas le agradare (1). En este legado se deben notar tres cosas. La 1.ª es, que puede el legatario tomar lo mejor, lo cual no podia en el legado de género (2). La 2.ª, que una vez hecha la eleccion no puede arrepentirse y volver á escojer por parecerle que no escogió lo mejor, sino que á sí mismo se debe imputar si hizo una eleccion imprudente (3). La 3.ª, que si el legatario en vida no elije, lo podrán hacer sus herederos, de suerte que aun la opcion pasa á ellos (4).

Resta dar una regla que es comun al legado de género y de cuantidad, la cual es esta: *ni el género ni la cuantidad perecen* (5). La utilidad de esta regla es insigne; porque si, v. gr., á mí se me hubiera legado un caballo, ó la cantidad de cien pesos, y el heredero lo hubiese comprado para dármelo, ó hubiera contado y prevenido los cien pesos, y un ladron se lo hubiera hurtado todo, no podrá el heredero escusarse ó librarse de pagar el legado, porque el género y la cuantidad siempre existen en el mundo, y nunca perecen.

Finalmente, se pueden legar los hechos; y es la razon, parte porque son ó pueden ser de utilidad, y parte porque al testador le es lícito obligar á su heredero á hacer cualquier cosa que le parezca, con tal que no sea torpe ni ridícula ó de burla, y asi valdria el legado que un testador hiciese de esta suerte: mando á mi heredero que to-

(1) L. 25. tít. 9. Part. 6.
(2) Dicha ley 25., y la 23. tít. 9. Part. 6.
(3) Dicha ley 25. tít. 9. Part. 6.
(4) L. 26.
(5) Arg. de la ley 41. tít. 9. Part. 6.

dos los años le siembre su campo á Ticio; pero seria absurdo é inútil éste: mando á mi heredero que todos los años en el dia del nacimiento de Ticio baile desnudo en su calle.

Síguese ahora tratar del derecho de acrecer, el cual no es otra cosa que *un derecho por el cual la parte del colegatario que muere ó no la recibe acrece al otro.* Este derecho, por las leyes de Partida, tenia lugar no solo en los legados, sino principalmente en las herencias (1), pero por razon muy diversa. En las herencias era porque ninguno podia morir parte testado y parte intestado, lo cual en el dia de hoy por la ley de Recopilacion (2) está permitido á cualquiera. Pero en los legados el derecho de acrecer nace de la presunta voluntad del testador, y se puede verificar hasta el dia; porque cuando un testador juntó á Ticio y á Mevio en un legado, parece que desde luego quiso que si faltase el uno, mas bien su parte pasase al otro, que no que volviese al heredero. Trataremos, pues, ahora de los requisitos necesarios para que se verifique el derecho de acrecer en los legados, supuesto que en las herencias no tiene lugar, si no es por voluntad del testador, y no por necesidad alguna (3).

Dos son los requisitos para que se verifique el derecho de acrecer. El primero, que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador; porque si le sobrevive, aunque sea por un momento, pasa el legado á los herederos, y ya no acrece al otro legatario (4). El segundo, que sean conjuntos, y se llaman asi los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, por ejemplo: á Ticio y á Mevio les lego mi casa. Por el contrario, si á Ticio se le lega la casa, y á Mevio un campo, aunque fal-

(1) L. 14. tít. 3. Part. 6.
(2) L. 1. tít. 4. lib. 5. Rec.
(3) Véase la nota de Sala en el Vinnio, lib. 2. tít. 14. n. 12. y 13.
(4) L. 33. tít. 9. Part. 6.

te uno de los dos, nada acrece al otro (1).

Veamos ahora de cuántos modos puede ser la conjuncion. Se divide en conjuncion *en la cosa*, en conjuncion *en las palabras* solamente, y en *mista*, esto es, en la cosa y en las palabras juntamente. Se dice ser conjuntos en la cosa cuando muchos son llamados á recibir una misma, pero en diversas proposiciones; v. gr., á Ticio le lego mi casa: á Mevio lego la misma casa; y á estos llaman tambien disjuntos, porque sus nombres estan puestos en diversas proposiciones. En palabras solamente se llaman conjuntos los que son llamados á una misma cosa en una sola proposicion, asignándoles partes, no fisicas, sino intelectuales; v. gr., á Ticio y á Mevio lego mi fundo en iguales partes. Conjuncion mista se da cuando una misma cosa es legada á muchos en una proposicion y sin señalar partes; v. gr., á Ticio y Cayo lego mi fundo (2).

En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera antes que el testador, acrecerá á los demas, siempre que se presuma asi de la voluntad del difunto por no espresarse cosa en contrario (3).

Falta decir algo del modo de legar. Se pueden hacer los legados puramente para algun dia (lo cual se llama en latin *ex die vel in diem*), bajo de condicion, con demostracion, con causa ó con modo. Puramente se lega cuando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento; v. gr., lego á Ticio cien pesos (4). En esta especie de legados se debe tener por regla general que se debe y se puede pedir al instante de la muerte del testador. Se dice deberse un legado cuando aunque hay obligacion de pagarlo, todavia no se puede cobrar: por el con-

(1) L. 33. tít. 9. Part. 6.
(2) Dicha ley 33.
(3) La misma ley 33.
(4) L. 31. en el princip., tít. 9. Part. 6.

trario, cuando ya se puede exigir la paga ó entrega de él se dice que se puede pedir; de suerte que el sentido de la regla dada es que el legado que se deja puramente, hay obligacion de pagarlo inmediatamente que muere el testador, y que tambien en el mismo instante se puede cobrar.

Legado desde algun dia es aquel que tiene término desde cuando debe comenzar; v. gr., lego á Ticio mi casa diez años despues de mi muerte; y legado hasta cierto dia es aquel que se hace señalando el tiempo que debe durar; v. gr., á Ticio le lego mi hacienda por diez años (1). En el primer caso, si el dia es cierto, se debe luego el legado, pero no se puede cobrar hasta pasados los diez años: en el segundo al punto se debe y se puede cobrar. Mas si el dia señalado fuere incierto, de suerte que se ignore si existirá ó nó, entonces el dia se tiene por condicion.

Del legado condicional nada hay aqui que añadir, pues todo se ha esplicado ya cuando se trató de la institucion de heredero. Una regla solamente se debe observar en este particular, y es, que el legado condicional ni se debe ni se puede cobrar antes de que exista la condicion (2). De donde se sigue, que si el legatario muere antes que se cumpla la condicion, nada transmite á sus herederos, sino que espira el legado.

Con demostracion se dice que lega un testador siempre que hace descripcion de la persona ó de la cosa legada; v. gr., á Ticio, que administró mis negocios, mando se le den cien pesos: á Mevio lego la casa que compré de Sempronio. De este legado se debe observar que la falsa demostracion no lo vicia, con tal que de otro modo conste de la persona y de la cosa legada (3); y asi, aunque sea falso

(1) L. 31. tít. 9. Part. 6.
(2) L. 21. del dicho tít. y Part.
(3) Ll. 19. y 20. dicho tít. y Part.

que Ticio administró sus negocios, ó que la casa la hubiese comprado de Sempronio, con todo, es útil el legado y surtirá su efecto.

Síguese el legado dejado bajo de cierta causa. Por causa entendemos aqui la impulsiva, y que el testador espresa en su testamento; v. gr., á Ticio porque me defendió un pleito le lego cien pesos. En este caso vale tambien la regla ya dada en la demostracion; y asi, la falsa causa no vicia el legado (1), porque como el testador se ha á manera de un legislador, y la ley se debe obedecer aunque se alegue una causa falsa, de aqui es que vale el legado, porque consta de la voluntad del testador. Se esceptúa con todo el caso de que el heredero pudiese probar que el testador no habria legado si hubiese conocido la falsedad de la causa, pues entonces falta la voluntad, y será nulo el legado.

Finalmente, bajo de modo se dice dejado un legado cuando el testador espresa el fin para el cual lo deja; v. gr., lego á Ticio mil pesos para que se gradúe de doctor. Este se debe y se puede pedir luego al punto; pero el legatario debe dar fianza de que cumplirá con el fin intentado por el testador, y que si no lo cumpliere lo restituirá, pues hasta que lo cumpla gana el dominio de él (2).

Al fin de este título se debe notar que valen los legados hechos aunque el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion injusta, pues asi lo concede espresamente nuestro derecho (3), que solo atiende á que la voluntad del testador, siendo justa y arreglada, se cumpla en aquella parte que se puede. Lo mismo sucede cuando el heredero establecido en el testamento no quiere aceptar la herencia, ó por cualquiera otra causa no entra en ella; pe-

(1) L. 21. del mismo tít. en el medio.

(2) Dicha ley 21. tít. 9. Part. 6.

(3) L. 1. tít. 4. lib. 5. de la Rec., y ley 7. tít. 8. Part. 6.

ro en todo caso debe constar de la solemnidad prescrita por derecho (1), pues faltándole no tendrá fuerza de testamento, ni hará fé en juicio ni fuera de él.

Tambien se advierte que los legados no se deben dejar á arbitrio de otro, sino que el testador mismo debe hacerlos por sí, y con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca plenamente su voluntad, y no se dude del legatario y cosa legada, pues de otra suerte no valdrian (2). Pero puede dejar á su heredero ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas de las ciertas que le señale, pues en este caso no se confiere en la voluntad de otro la sustancia del legado, sino la cualidad ó eleccion de la persona. Para que sean válidos se requiere tambien que sean hechos en testamento ó codicilo, ó poder para testar (3). Es verdad que no solo legados, sino tambien mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores y cualquiera otra cosa (escepto la institucion de heredero) se suelen hacer en un escrito separado, que se llama *memoria testamental*, y no es otra cosa que un escrito simple en que el testador añade ó quita alguna cosa á su testamento, el cual vale y se estima por parte de éste, siendo firmado por el testador, y citándose en el testamento (4).

Tres acciones competen á los legatarios para conseguir los legados que les han sido dejados en algun testamento. La 1.ª es personal por cuasi contrato, y la razon de darse esta accion es porque el heredero, aceptando la herencia, es lo mismo que si contrajese con los legatarios. La 2.ª es real en todos aquellos legados que por ser hechos en especie pasa el dominio de la cosa legada al legatario

(1) L. 1. tít. 4. lib. 5. Rec.

(2) Ll. 28. y 29. tit. 9. Part. 6.

(3) L. 34. tít. 9. Part. 6.

(4) Febrero, lib. de escrib., cap. 1. §. 2. n. 45.

desde el instante de la muerte del testador. La 3.ª accion es hipotecaria, y les compete á los legatarios porque tienen tácita hipoteca en todos los bienes de la herencia, de la que se ha apoderado el heredero (1).

TÍTULO XXI.

DEL MODO DE QUITAR Ó DE TRANSFERIR LOS LEGADOS.

Habiendo hablado hasta aqui del modo de dejar los legados, síguese ver cómo se quitan ó se transfieren. Y á la verdad, siendo la voluntad del hombre variable hasta la muerte (2), no se puede dudar que el testador puede quitar á los legatarios los legados que les haya dejado en su testamento, ó trasferirlos á otros (3).

Dícese que se quitó un legado cuando el testador ya no quiere legar lo que antes legaba. Esto puede suceder ó por ministerio de la ley, á lo que llaman los juristas *ipso jure*, ó en virtud de escepcion. Del primer modo se quita el legado ó por palabras, ó por hechos. Por palabras cuando el testador en posterior testamento, ó en codicilo, declara que ya no lega á alguno lo que antes le legaba (4). Por hechos se quitará el legado si el testador lo borrare ó tildare (5) por sí mismo, ó por medio de otro por órden suya. Si acabare la cosa legada, ó le mandare la forma: con esta distincion, que si la cosa se puede reducir á su antigua forma, vale el legado; v. gr., si de la plata legada hizo vasos; pero si no se puede volver á su antiguo estado, se entiende quitado; v. gr., si de la lana ó madera que habia legado hiciese antes de su muerte paño ó ca-

(1) L. 26. tít. 13. Part. 5.
(2) L. 25. tít. 1. Part. 6.
(3) L. 39. tít. 9. Part. 6.
(4) Dicha ley 39. del mismo tít. y Part.
(5) La misma ley 39. v. *otrosí se podria.*

sa (1). Finalmente, se estingue el legado cuando el testador sin necesidad alguna vende ó enagena la cosa legada, pues en este caso se presume que se arrepintió de haber hecho el legado; pero siempre que falte esta presuncion, como puede suceder mas fácilmente en los casos de venta que en los de donacion, no se entiende revocado, antes se debe al legatario el precio en que la cosa fue vendida (2). De este modo se quitan los legados *ipso jure*, tácita o espresamente. Por medio de escepcion se quitan siempre que suceda alguna cosa de la cual se pueda presumir que el testador mudó de voluntad, lo cual, probándose por el heredero, perderá el legatario su legado.

Síguese la traslacion de los legados, la cual sucede siempre que haya mutacion acerca de ellos. Esta puede ser de cuatro maneras. 1.ª Si se muda la persona del legatario; v. gr., cuando se lega á Ticio lo que se habia legado á Sempronio. 2.ª Si se muda la misma cosa legada; v. gr., cuando el testador que habia legado á uno su casa, ya no le lega sino su hacienda. 3.ª Si se muda la persona á quien se mandaba que pagase á otro el legado; v. gr., si antes se le mandaba á un legatario que diese á otro cien pesos, y despues se manda al heredero que él sea quien los pague. 4.ª Finalmente, si se muda la naturaleza del legado; como cuando la cosa que antes se legaba puramente, despues se lega bajo de condicion.

Pero se debe advertir acerca del primer modo de transferir los legados, que se haga con toda claridad, y repitiendo el nombre del primer legatario, pues de otra suerte no será traslacion, sino conjuncion; v. gr., si dijese: á Ticio le dejo la casa de mi morada; y despues: á Cayo dejo la casa de mi morada, pues en este caso la dividirán;

(1) L. 42. tít. 9. Part. 6.

(2) Véase toda la ley 40. tít. 9. Part. 6., y la 17 del mismo tít.

pero no si dijere: la casa de mi morada que dejaba á Ticio, se la dejo á Cayo.

De lo dicho hasta aqui se infiere que los legados se pueden quitar y transferir en testamento ó en codicilos; y añado, que para quitarlos ni aun esto es necesario, pues ninguna solemnidad requieren las leyes citadas (1); antes bien con sola la presuncion de falta de voluntad en el testador basta para que el legado se tenga por quitado.

Para conclusion de este título veamos de cuántos modos espiran los legados. Esto sucederá: 1.º Si el legatario muriere antes que el testador (2), pues entonces no llega á adquirir dominio en la cosa legada. 2.º Si pereciere la cosa legada sin culpa ó mora del heredero. Esto se entiende de la cosa legada en especie, pues el género y la cuantidad nunca perecen (3). 3.º Se acaba el legado de cosa agena, si esta la adquiere el legatario en vida del testador por título lucrativo (4), por la razon ya dada, de que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona, y acerca de una misma cosa. 4.º Si el testamento fuere nulo por falta de solemnidad, v. gr., si no tuviere el competente número de testigos, pero no si fuere nulo en cuanto á la institucion de heredero (5). 5.º Si por parte del legatario no se cumpliere la condicion posible, bajo la cual se le dejó el legado (6). Esto se entiende si estuviere en su mano el cumplirla, pues cuando no puede, como por caso fortuito, ó de otra manera sin culpa suya, entonces se tiene por cumplida, y se debe pagar el legado (7).

(1) Véanse las leyes 39. y 40. tít. 9. Part. 6.
(2) L. 35. tít. 9. Part. 6.
(3) L. 41. tít. 9. Part. 6.
(4) L. 43. tít. 9. Part. 6.
(5) Ll. 1. y 2. tít. 4. lib. 5. Rec.
(6) L. 21. tít. 9. Part. 6.
(7) Véase la ley 22. tít. 9. Part. 6.

TÍTULO XXII.

DE LA LEY FALCIDIA.

Este título está bastante conexo con el antecedente, pues asi como aquel nos muestra de qué modo se acaban los legados, asi éste nos enseña cómo se disminuyen muchas veces, ó se reducen á menor cantidad.

Con motivo de permitir las leyes antiguas á los testadores que distribuyesen sus bienes en legados, no quedaba á los herederos que instituian cosa alguna, ó les quedaba muy poco, por cuya razon muchos no querian aceptar la herencia. Esto dió motivo entre los romanos á que se estableciesen varias leyes procurando impedir este desórden. Pero como ninguna de éstas fuese suficiente á ocurrir al daño, se estableció la ley Falcidia, llamada asi de Publio Falcidio, tribuno de la plebe en tiempo del Emperador Augusto, el año 714 de Roma; por la cual se estableció que ninguno pudiese legar mas que las tres partes de sus bienes, y que en caso que legase mas, de suerte que no le quedase al heredero que percibir, ó le quedase menos que la cuarta parte de la herencia, pudiese sacarla y retenerla para sí de cada legado.

Este derecho, que tuvo orígen entre los romanos, ha pasado á nosotros, y está adoptado por nuestras leyes (1); y asi, siempre que el testador instituye heredero voluntario, y deja tantas donaciones ó mandas, que nada le queda que heredar, ó le queda menos de lo que por derecho le toca, puede sacar el heredero la cuarta parte de la herencia que dicha ley le concede, llamada tambien *Falcidia* en España (2): de suerte que de cada manda ha de sacar la cuar-

(1) Tit. 11. de la Part. 6.
(2) L. 1. tit. 11. Part. 6.

ta, la cual le compete por solo haber sido nombrado heredero en el testamento (1).

Para deducir dicha cuarta, ha de considerarse el valor de los bienes del testador al tiempo de su muerte, porque el aumento ó deterioro que despues haya es de su cuenta, y no de los legatarios (2). Mas si los herederos son forzosos, no sacan cuarta, sino toda su legítima íntegra sin condicion ni gravámen (3), y solo se podrán hacer legados del tercio ó quinto segun sea el testador.

La deduccion de la cuarta falcidia ha de hacerse en esta forma: primero se ha de separar lo que el testador esté debiendo, aunque sea al mismo heredero, á menos que lo prohiba espresamente, pues en tal caso no se separará el débito de éste: despues las espensas funerarias ocasionadas con motivo de su muerte; y luego el dinero que destine para comprar siervos que mande manumitir: bien entendido que si lega una cantidad á persona determinada para que dé libertad al suyo, puede el heredero detraer de ella la cuarta parte; pero si manda que el dinero se entregue á alguno para que compre los de otro, y se consume todo en su compra, no debe sacarla de él; mas si sobra algo, puede deducirla del sobrante (4).

No puede el heredero deducir dicha cuarta de los legados hechos á las iglesias, hospitales ú otros lugares religiosos, ó á pobres, ó para cualquier otra obra pia; ni de lo que lega el testador que es soldado (5), ni de lo que entregan á los prohibidos de ser legatarios ó herederos (6), ni del legado de la dote, ni si cancela maliciosamente el tes-

(1) Dicha ley 1. tít. 11. Part. 6.
(2) L. 3. tít. 11. Part. 6.
(3) L. 4. tít. 11. Part. 6.
(4) L. 2. tít. 11. Part. 6.
(5) L. 4. tít. 11. Part 6.
(6) L. 5. del mismo tít.

tamento ó mandas para que no valgan, ó hurta alguna cosa de las legadas, ó maliciosamente la niega diciendo que es suya y no del testador, ni tampoco cuando éste le prohibe espresamente su detraccion (1). Asimismo, si paga enteramente algunas mandas creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demas, si no es que despues de haber empezado á pagarlas aparezca alguna deuda grande de que hasta entonces no habia tenido noticia, que en este caso puede retenerla de las que no esten entregadas (2).

De todo lo demas puede el heredero sacar la cuarta, si la cosa legada tiene cómoda division, y si no, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deduccion; previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraccion de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado (3).

Finalmente, para poder sacar la falcidia debe el heredero hacer préviamente en término legal inventario formal de todos los bienes del finado, pues si no lo hace no podrá (4), y ademas estará obligado á pagar enteramente las mandas y deudas que dejó (5); y si lo hace y satisface á aquellas antes que estas, deben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y despues por lo que falte al heredero (6).

(1) L. 6. tít. 11. Part. 6.
(2) L. 6. dicho tít. y Part.
(3) L. 2. dicho tít. y Part.
(4) L. 7. dicho tít. y Part.
(5) L. 10. tít. 6. Part. 6.
(6) L. 7. del mismo tít.

TÍTULO XXIII.

DE LOS FIDEICOMISOS UNIVERSALES Y DE LA CUARTA TREBELIÁNICA.

Hemos hablado ya de las herencias por testamento y de los legados: síguese ahora tratar de los fideicomisos.

A la fé de otro no podemos cometer una cosa de otro modo que por palabras de ruego, y de aqui nace la definicion. Fideicomiso es *una órden intimada al heredero por palabras de ruego para que dé alguna cosa á otro* (1). Se divide el fideicomiso en universal y singular: universal es cuando á alguno se le deja por modo de fideicomiso toda la herencia ó una parte de ella, y asi suele llamarse *herencia fideicomisaria*. Singular es cuando una cosa singular, v. gr., algun género, especie ó cuantidad, se deja por modo de fideicomiso, y de éste se tratará en el siguiente título. Por lo que hace al universal se debe observar que para éste siempre se requieren tres personas. 1.ª El que deja el fideicomiso, y se llama *fideicomitente*. 2.ª Al que se manda que restituya la herencia á otro, y éste se llama *heredero fiduciario*, porque en su fidelidad coloca su confianza el testador. 3.ª Finalmente, aquel á quien se restituye la herencia, y se dice *heredero fideicomisario*, el cual, hablando con rigor, no es heredero, pues solo recibe la herencia por mano de otro.

Esta es la primera division de los fideicomisos: síguese otra, y es, que el fideicomiso puede hacerse tácita ó espresamente. Se dirá hecho espresamente cuando el testador con palabras claras y terminantes manda á su heredero que restituya á otro la herencia, ó alguna parte de ella; y tácita será cuando no se hace mencion de restitu-

(1) L. 8. tít. 11. Part. 6.

cion, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se colige que debe restituir la herencia; v. gr., Ticio sea mi heredero, pero con la condicion de que no haga testamento. En este caso es lo mismo que si dijese el testador: ruego á Ticio que restituya mi herencia á sus parientes mas próximos. Esta especie de fideicomiso tiene mucha semejanza con los mayorazgos.

De los principios establecidos se infiere claramente: 1.º Quién puede dejar fideicomisos; conviene á saber: todos aquellos que pueden hacer testamento por tener libre disposicion de sus bienes; y asi no podrán todos aquellos que dijimos no pueden testar (1). 2.º A quiénes se puede mandar que paguen fideicomisos, esto es, á todos aquellos que recibieren alguna parte de la herencia con título de herederos, pero con la condicion de que á ninguno se grave en mas de lo que recibió. 3.º Que se pueden dejar fideicomisos á todos aquellos que pueden recibir por testamento ó ser herederos; y asi, v. gr., si Ticio me hubiese mandado restituir toda su herencia á un colegio de músicos, no valdrá semejante fideicomiso si el tal colegio está fundado sin consentimiento del Príncipe, como se supone. 4.º Que se pueden dejar fideicomisos ó en testamento, ó en codicilo. 5.º Que se pueden hacer fideicomisos puramente ó con condicion, y para, ó hasta cierto dia.

Siendo dificil que los fiduciarios quisiesen ser herederos con la obligacion de restituir toda la herencia, para que tuviesen alguna utilidad se estableció que en premio de su trabajo y de la restitucion de la herencia se quedasen con la cuarta parte liquida de la en que fuesen instituidos, y se ha llamado *cuarta Trebeliánica*, aun entre nosotros (2), cuyo nombre tomó entre los romanos.

A distincion de lo que se observa en la cuarta falcidia,

(1) L. 14. tít. 5. Part. 6.
(2) L. 14. al fin, dicho tít. y Part.

debe el heredero fiduciario incluir en la trebeliánica todo lo que el testador le haya legado, y los frutos que percibió de la herencia mientras la tuvo en su poder (1); y si estos equivalen á aquella, la restituirá entera al fideicomisario; mas si no equivalen, puede detraer únicamente lo que falte para completar la cuarta (2). Pero si importaren mas los frutos que lo que él debe percibir por razon de ésta, si el testador le señaló dia para que entregase la herencia, y dicho fiduciario lo verificó, entonces hace suyos todos los frutos que percibiere hasta ese dia, aunque, como hemos supuesto, asciendan á mas. Pero si no se le señaló dia cierto, y él fue moroso en entregar la herencia, debe restituir todo lo que esceda de su cuarta parte (3).

Resta ver en qué casos no tiene lugar la cuarta trebeliánica. 1.º No lo tiene en el testamento del soldado. 2.º Si el testador prohibe que se saque. 3.º Si el heredero por ignorancia de derecho restituyó toda la herencia. 4.º Si no hizo inventario. 5.º Si no quisiere aceptar la herencia, en cuyo caso sin necesidad de que compela el juez al fiduciario entrará en ella el fideicomisario por sí (4).

TÍTULO XXIV.

DE LOS FIDEICOMISOS SINGULARES.

Hemos tratado de los fideicomisos universales, que tambien se llaman herencias fideicomisarias: síguense los fideicomisos singulares, de los que hablaremos brevemente, porque estos estan igualados en todo á los legados, de suerte que no hay diferencia en cuanto á los efectos que producen unos y otros. De esta manera, todas las disposi-

(1) L. 8. tít. 11. Part. 6.
(2) Dicha ley 8.
(3) La misma ley 8.
(4) L. 1. al fin, tít. 4. lib. 5. Rec.

ciones que hemos notado de los legados tienen lugar en los fideicomisos: los que pueden legar, pueden dejar fideicomisos; á quienes se lega, tambien se deja fideicomiso; y las mismas cosas que se dejan por legado, se dejan y pueden dejar por medio de fideicomiso. De consiguiente, para haber de tratar esta materia por sus partes seria necesario repetir el título todo de los legados.

Mas aunque en el efecto no haya diferencia alguna entre los legados y fideicomisos, con todo se distinguen: 1.º En las palabras, pues aquellos se dejan con palabras imperativas, y estos por medio de ruego (1). 2.º En el modo: para los legados se requieren cinco testigos, mas los fideicomisos se pueden hacer sin testigo alguno estando presente el heredero, y para prueba se le tomará despues juramento, y en caso de no querer jurár, será obligado á pagar el fideicomiso; y si jurare falso, pagará su lengua semejante delito, pues no hay arbitrio para dar otra prueba.

TÍTULO XXV.

DE LOS CODICILOS.

Los codicilos no son otra cosa que *una disposicion menos solemne ordenada por el testador, á fin de esplicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento* (2).

Convienen los codicilos y los testamentos en que unos y otros son voluntad, pero se diferencian: 1.º En que el testamento es una última voluntad solemne, y el codicilo menos solemne (3). 2.º Que cuando hay testamento no suceden, ni pueden suceder los herederos abintestato; pero los codicilos pueden hacerse tanto por el que muere testado como intestado. 3.º Que en el testamento para que

(1) L. 14. tít. 5. Part. 6.
(2) L. 1. tít. 12. Part. 6.
(3) L. 3. del mismo tít.

valga como tal es necesaria la institucion de heredero; mas en los codicilos no se puede instituir heredero, sino solamente hacer legados y fideicomisos (1). Y de aqui fácilmente se deduce de cuántas maneras son los codicilos. Unos se llaman escritos, y son aquellos que se reducen á escritura; y otros nuncupativos, y son los que se hacen por viva voz (2). Hay otra division de los codicilos, y es que unos son de *testado*, y otros de *intestado*: aquellos se hacen por el que primero ordenó el testamento; estos por el que quiso morir sin testamento; y asi los primeros se llaman codicilos confirmados por testamento, y los segundos absolutamente *codicilos abintestato*.

Los derechos que se deben guardar en el otorgamiento de los codicilos se colijen de la definicion dada, de la cual inferimos: 1.° Que el que no puede hacer testamento tampoco puede hacer codicilos (3), pues estos no son otra cosa que un testamento menos solemne. 2.° Que en los codicilos no se puede instituir heredero directamente (4). La razon es, porque esta institucion es una cosa solemne, y asi no se puede hacer sin todas las solemnidades de derecho. Es verdad que atendidas nuestras leyes, que requieren para el codicilo nuncupativo la misma solemnidad de testigos que para el testamento de esta especie (5), valdrá la institucion que se hiciese en semejante codicilo; pero por el mismo hecho lo dejará de ser, y en realidad será testamento; pero en el codicilo cerrado probablemente no valdrá. Por la razon ya dada tampoco producirá efecto la desheredacion, ni la sustitucion hecha en codicilo, ni la condicion que en él se pusiese al heredero instituido en el

(1) L. 2. tít. 12. Part. 6.
(2) L. 1. al fin, tít. 12. Part. 6.
(3) L. 1. tít. 12. Part. 6.
(4) L. 2. del mismo tít.
(5) L. 2. tít. 4. lib. 5. Rec.

testamento (1). ¿Qué es, pues, lo que se puede hacer en los codicilos? Se puede legar, y disminuir ó quitar los legados: hacer fideicomisos y donaciones por causa de muerte: se podrá, finalmente, nombrar el delito que cometió el heredero instituido en el testamento contra el testador, y por el cual no merece la herencia; y siéndole probado, quedará impedido de ser heredero (2). 3.º Que se pueden hacer muchos codicilos y todos valen, no siendo contrarios (3); pero en los testamentos el posterior deroga al anterior, porque en cada uno se dispone de todos los bienes instituyendo heredero.

Finalmente, en los codicilos cerrados bastan cinco testigos que suscriban; mas en los nuncupativos ó abiertos se requieren las mismas solemnidades que en el testamento nuncupativo (4).

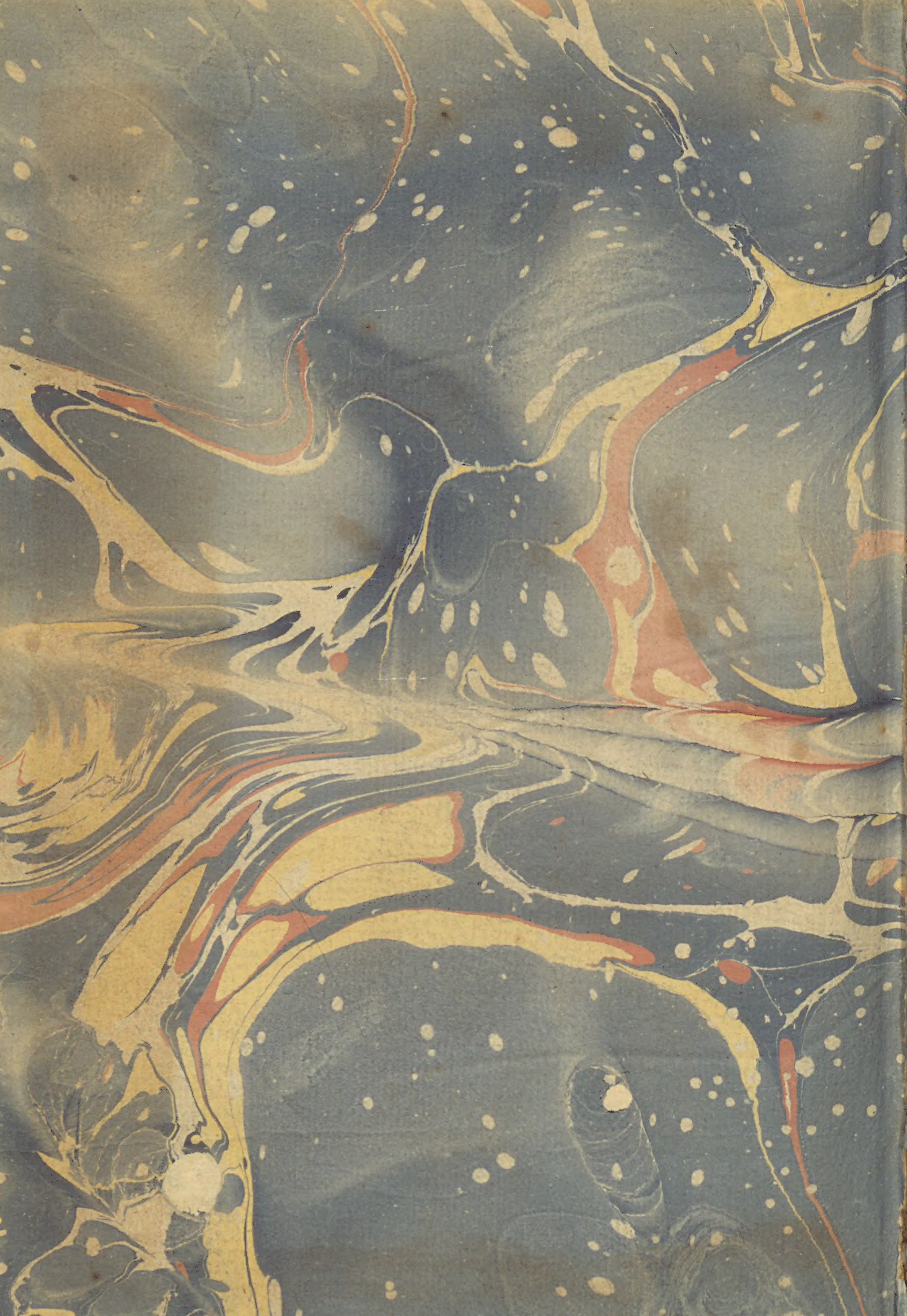
(1) Dicha ley 2. tít. 12. Part. 6.
(2) L. 2. ya citada.
(3) L. 3. del mismo tít.
(4) L. 2. tít. 4. lib. 5. Rec.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

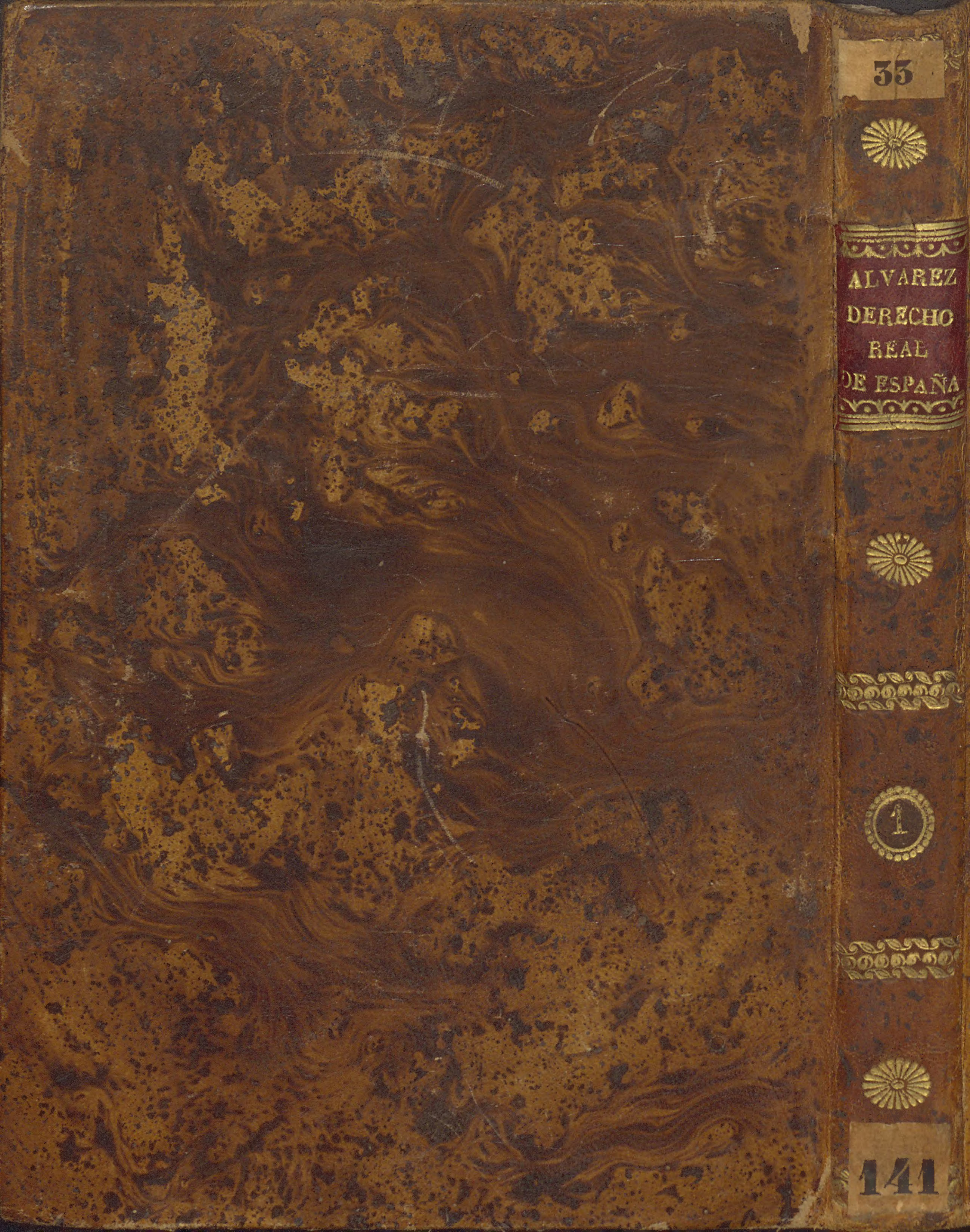
ÍNDICE

DE LOS TÍTULOS QUE CONTIENE ESTE TOMO.

LIBRO SEGUNDO.




A 033(BIS)/141
BUS
UNIVERSIDAD DE SEVILLA
600148235
i21957782


33
ALVAREZ
DERECHO
REAL
DE ESPAÑA
1
141


colorchecker CLASSIC
calibrite
mm